

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

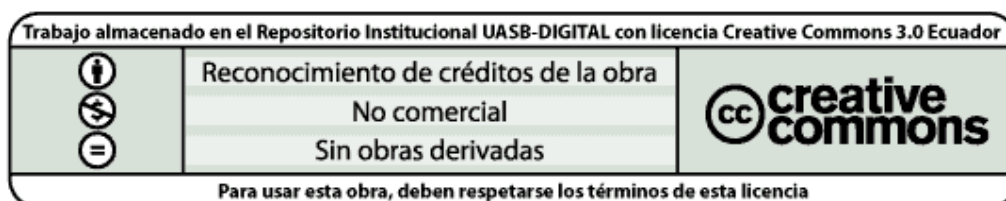
MAESTRÍA EN DERECHO

**MENCIÓN DERECHO FINANCIERO, BURSÁTIL Y DE
SEGUROS**

**La clonación de tarjetas de crédito en el Ecuador, ¿un delito
económico?**

Francisco Pereira Estupiñán

2012



Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

*Francisco Pereira Estupiñán
Quito, abril 2012.*

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

**MENCIÓN DERECHO FINANCIERO, BURSÁTIL Y DE
SEGUROS**

**La clonación de tarjetas de crédito en el Ecuador, ¿un delito
económico?**

Director de Tesis: Dr. Juan Isaac Lovato

Alumno: Francisco Pereira Estupiñán

Mayo de 2012

RESUMEN

En los últimos años hemos sido testigos del avance tecnológico e informático en diversos campos del quehacer cotidiano, así como también, la globalización ha permitido que prácticas comerciales sean similares en cualquier parte del mundo; justamente una de estas prácticas comerciales, es el uso de la tarjeta de crédito como medio de pago, sustituyendo a la utilización de otros mecanismos, como el papel moneda o el cheque. Sin embargo, a la par de estas innovaciones, los delincuentes también han buscado nuevas formas de aprovecharse de estos avances tecnológicos, es así como empiezan aparecer conductas delictivas atípicas y que utilizan recursos sofisticados para concretar el hecho ilícito, y no por ser nuevas estas conductas producen menos alarma social, o causan menor afectación al bien jurídico protegido; al contrario, el impacto económico en la sociedad puede ser muy importante, además de que para la ejecución de estos ilícitos normalmente actúan varios individuos en conjunto, es decir, estamos hablando de una delincuencia organizada.

La clonación de tarjetas de crédito, o el robo de información protegida de la banda magnética de este instrumento, se encuadra en una conducta delictiva como la descrita anteriormente; es por ello que el propósito que se persigue con este trabajo es determinar si este ilícito puede considerarse un delito económico, para lo cual se analizarán diversos aspectos relacionados con las definiciones jurídicas de la tarjeta de crédito, su problemática procesal, se expondrá la temática del delito económico financiero. También se hará un estudio en detalle sobre la clonación de tarjetas de crédito en nuestro país, se revisarán casos existentes, y se verificará el tratamiento que a este delito se ha dado en legislaciones extranjeras.

AGRADECIMIENTOS

A mi esposa y a mi hijo por brindarme su apoyo, comprensión, y por entregarme con cariño parte del valioso tiempo que debemos pasar como familia, para permitir que culmine esta etapa de mi desarrollo profesional.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, a sus autoridades, a los profesores del programa de Especialización y Maestría con mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, por entregarme las herramientas y el conocimiento para avanzar en el complejo campo del Derecho, en especial al Doctor Juan Isaac Lovato, por dirigir el presente trabajo.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: CUESTIONES PREVIAS, DEFINICIONES JURÍDICAS DE LA TARJETA DE CRÉDITO, PROBLEMÁTICA PROCESAL Y PENAL	
1.1.- Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito.....	11
1.1.1.- ¿Qué es una Tarjeta de Crédito? (Descripción según normativa y doctrina).....	16
1.2.- Problemática Civil y Penal de la Tarjeta de Crédito.....	23
1.2.1.- Problemática procesal en materia civil, breve análisis.....	25
1.2.2.- Problemática procesal penal.....	29
CAPÍTULO II: DELITOS CON TARJETAS DE CRÉDITO, CLONACIÓN DE TARJETAS	
2.1.- Definición del Delito Económico.....	32
2.1.1.- Conceptos sobre el delito en general, características del delito económico.....	34
2.1.2.- Tipicidad, antijuricidad, culpabilidad en el delito económico.....	37
2.1.3.- Teoría sobre el adelantamiento de la barrera de protección del Estado para sancionar los delitos económicos.....	40
2.2.- ¿Qué es la clonación de tarjetas de crédito?.....	42
2.2.1.- Elementos constitutivos y característicos de este delito.....	43
2.2.2.- Análisis del delincuente tipo que comete este ilícito.....	46

2.2.3.- Legislación ecuatoriana actual que enmarca y sanciona esta conducta.....	48
2.3.- Legislación Comparada.....	54
2.3.1.- Legislación comparada con los países de Colombia, Perú, Chile y Venezuela.....	54
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA, CONCLUSIONES	
3.1.- Análisis de casos actuales de clonación de tarjetas.....	61
3.1.1.- Estado jurídico de los casos.....	66
3.1.2.- Principales observaciones de los casos, descripción y análisis de la actuación de Policía Judicial, Fiscales y Jueces.....	69
3.2.- Conclusiones.....	75
3.2.1.- Propuesta y recomendaciones finales.....	78
BIBLIOGRAFÍA	81

INTRODUCCIÓN

El Derecho y las legislaciones de los países, frecuentemente deben adaptarse a la evolución de las sociedades, particularmente el caso de los avances tecnológicos es un claro ejemplo. A la par de este desarrollo tecnológico, se implementan también cambios en los distintos ámbitos de la sociedad contemporánea, como aquellos en las prácticas comerciales, bancarias, o económicas. Las leyes entonces, deben adecuarse para establecer el marco jurídico en el cual estos cambios tiendan a proteger el bien común; pero este proceso no es sencillo, y en varias ocasiones requiere distintas fuentes para lograr este objetivo. Estas fuentes en su mayoría proceden de la experiencia misma que va adquiriendo la sociedad, estudiada y analizada por especialistas que miden el impacto de estos nuevos cambios en la comunidad.

Considero interesante el estudio de nuevas conductas antijurídicas, como la planteada en este trabajo, cuyo impacto en el desarrollo de las relaciones comerciales y bancarias en el Ecuador no está en gran medida visibilizado. Este nuevo delito es la clonación de las tarjetas de crédito, cuya enunciación contiene nuevos términos que han tomado fuerza en los últimos años en las prácticas cotidianas de nuestra población, nos referimos a la *clonación* y a la *tarjeta de crédito*. Así, es innegable la importancia de la tarjeta de crédito como medio de pago utilizado, no solo a nivel nacional, sino a nivel regional o mundial. Este instrumento comercial, contiene elementos nuevos, características propias, que le hacen diferente al papel moneda, o al cheque. La tarjeta de crédito tiene sus particularidades jurídicas, que serán descritas en el capítulo I del presente trabajo, así como la normativa que rige su uso, que la encontramos fundamentalmente en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria.

La parte medular de esta Tesis sin embargo, se centra en el estudio del nuevo delito antes descrito, para tratar de responder la pregunta ¿puede considerarse a la clonación de tarjetas de crédito como un delito económico, y se hace necesaria la inclusión en el Código Penal de una norma que sancione específicamente esta conducta, y la pena aplicable, qué características debe tener?, para formular la respuesta, en el capítulo II se hace un enfoque acerca de lo que es y representa un delito económico, para lo cual se acude la Teoría del Derecho Penal, que considera un tratamiento especial para esta clase de conducta delictiva. En este capítulo también se realiza una revisión de la legislación comparada, en países vecinos de la región andina sobre esta temática, y en países como Chile y Venezuela.

El capítulo III, se concentra en el estudio de casos actuales suscitados en nuestra ciudad, en los que la Fiscalía y los Jueces han conocido sobre el delito de la clonación de tarjetas de crédito, se revisará sus actuaciones y procedimientos, para finalmente arribar a las recomendaciones y conclusiones obtenidas.

Se debe señalar finalmente, que en este trabajo de Investigación, no se empleará un método único, y debido a que se busca responder a la pregunta planteada sobre si la clonación de tarjetas de crédito es delito económico, considero que el estudio se basará en gran medida en el análisis de las normas jurídicas vigentes y aplicables a la temática planteada, por lo que el entendimiento del lenguaje jurídico será en muchos casos, fundamental para llegar al objetivo planteado, lo que llevará a la necesidad de sistematizar las normas jurídicas revisadas, y de asistirse del Derecho Comparado. Estos serían los métodos que servirán para el presente trabajo, a saber: el estudio gramatical del derecho, la sistematización de estas normas, y la observación de leyes que rigen en otros países, para complementar nuestro cometido. Al describir la metodología que sustentará y permitirá estructurar el trabajo, se debe precisar que encontramos en el

método Exegético más que en otros, un aporte para la realización de esta tesis, ya que lo que se busca es justamente desentrañar y determinar el sentido y los alcances de las normas jurídicas vigentes de nuestro país que sancionan el ilícito descrito, así como también las normas de legislaciones extranjeras que se refieren al tema. En cuanto a las técnicas que permitirán ir construyendo esta empresa, el uso de fichas nemotécnicas será un apoyo fundamental, por lo que se acudirá con frecuencia a la técnica documental, misma que permitirá recopilar la información que sustentará el presente estudio.

CAPÍTULO I: CUESTIONES PREVIAS, DEFINICIONES JURÍDICAS DE LA TARJETA DE CRÉDITO, PROBLEMÁTICA PROCESAL Y PENAL

1.1.- Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito

Resulta innegable el crecimiento del uso de la Tarjeta de Crédito como medio de pago en América Latina y en el Ecuador, particularmente en nuestro país, en la última década el número de tarjetahabientes ha crecido en un 245 %, pasando de 577 mil tarjetas en el año 2001 a cerca de 2 millones de tarjetas el año 2011¹. Estos datos solo confirman una realidad y una tendencia mundial, que la Tarjeta de Crédito es el instrumento financiero que está reemplazando a la utilización del papel moneda y al cheque.

Al realizar una revisión sobre los orígenes de la tarjeta de crédito, no existe una reseña histórica común sobre este episodio, pero muchos coinciden en señalar que sería en el año de 1940, cuando en Nueva York, un ciudadano americano de apellido McNamara cenaba en un restaurante de Nueva York y no pudo pagar la cuenta pues había olvidado su billetera, y aunque un amigo solucionó la situación, decidió que no volvería a pasar por una situación similar. Al año siguiente junto con su abogado, estaba creando la Tarjeta de Crédito Diners Club². A partir de esta simple anécdota, se puede vislumbrar que en esencia, la tarjeta de crédito viene a constituirse en un medio de pago, diferente al uso de monedas o billetes, o de cheques, pues tiene diferentes características a aquellos.

A partir de mediados del siglo XX este instrumento financiero fue creciendo en popularidad y su expansión ha proliferado por casi todos los países del mundo, siendo

¹ Boletín de la Asociación de Bancos Privados, *Informa*, No. 008, Marzo de 2011

² Diners Club del Ecuador, *Informe de Responsabilidad Corporativa* año 2010, p. 10

principalmente en Estados Unidos de América y en varias naciones europeas donde la tarjeta de crédito se desarrolló inicialmente. Así lo expresa el autor Carlos Gilberto Villegas al referirse al comienzo de su implementación en los sistemas financieros “ en esta etapa de gran difusión fueron un elemento esencial los bancos actuando primero por cuenta de los emisores como meros colocadores y más tarde asociándose a otros bancos constituyendo empresas emisoras de tarjetas”³.

A la Tarjeta de Crédito se la puede considerar como un instrumento de un contrato, que faculta a su titular a pretender la prestación de un comerciante. En el uso de la Tarjeta de Crédito se dan simultáneamente varias relaciones comerciales/contractuales, por lo que se habla entonces de una *operación compleja*, pues intervienen varias partes en los distintos actos que se generan con su utilización, así tenemos al menos tres tipos de relaciones, a saber, la relación que existirá entre el Emisor de la Tarjeta y el Titular de dicha Tarjeta, la que existe entre el establecimiento comercial afiliado y el Titular de la Tarjeta, y la que se da entre el establecimiento afiliado y el Emisor de la Tarjeta. Cada una de estas operaciones comerciales tiene a su vez sus propias particularidades, ya que a pesar de formar parte de un mismo circuito económico-comercial, las atribuciones y obligaciones de cada una de las partes intervinientes deben ser vistas desde su propia óptica, y por ello se ha mencionado acerca de la complejidad que pueden presentar estas operaciones.

Sin embargo para precisar un concepto, es necesario hablar del contrato de emisión de tarjeta de crédito, y para ello nos quedamos con la definición establecida por el tratadista Carlos Bollini Shaw:

“ El contrato de emisión de tarjeta de crédito es aquel acuerdo oneroso por el cual la entidad financiera o comercial autorizada por la autoridad competente,

³Carlos Alberto Villegas, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, Buenos Aires, Su Gráfica, P. 465

denominada emisor, conviene con la otra parte, denominada titular o usuario de la tarjeta de crédito, el otorgamiento de la tarjeta, habilitándolo para celebrar negocios jurídicos de adquisición y locación de bienes, servicios u obras o cualquier otra operación especificada en el contrato, con aquellos comercios, instituciones o personas adheridas al sistema, llamados proveedores, abonando el correspondiente importe al emisor en una fecha determinada, o financiando el pago según alguna de las estipulaciones contractuales”.⁴

En este punto se hace necesario señalar que actualmente existen diferentes tipos de contratos y diferentes tipos de tarjetas en el mercado y suelen confundirse unas con otras. No obstante, el papel que tiene cada tipo de tarjeta en el mercado financiero es distinto, así podemos señalar que generalmente existen varios tipos de tarjetas, si se las mira de acuerdo al servicio que prestan, encontrando así a las tarjetas de crédito, a las tarjetas de débito y a las tarjetas de pago. Las primeras permiten el uso de una *línea de crédito*, que la entidad emisora abre a favor del titular de la tarjeta, para que éste efectúe compras de bienes y/o servicios, incluso puede retirar dinero efectivo con la tarjeta, y después cancelará estos valores al emisor, recibiendo previamente un estado de cuenta, generalmente mensual. El segundo tipo de tarjeta, las de débito únicamente cumplen la función de permitir extraer dinero de cajeros automáticos o efectuar pagos de bienes y servicios, que son debitados en línea (al momento de la transacción), de una cuenta bancaria del usuario de la tarjeta de débito. Finalmente, las tarjetas de pago son aquellas que otorgan los grandes almacenes o cadenas comerciales a ciertos clientes y que les posibilitan efectuar compras, incluso diferirlas, pero únicamente en dicha cadena comercial.

⁴Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan, *Tarjetas de Crédito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, P. 12

Cabe mencionar que la doctrina⁵ y en general las prácticas comerciales, también suelen hacer la distinción de la tarjeta de crédito, si se la mira desde el punto de vista del emisor, de tal manera que podemos encontrar que una tarjeta de crédito puede ser emitida por un Banco, o por sociedades formadas por grupos de bancos, o pueden ser emitidas por empresas autónomas dedicadas exclusivamente a emitir tarjetas de crédito, que muchas suelen contar entre sus accionistas a bancos. Podemos también mencionar que las tarjetas de crédito pueden ser emitidas como marca propia del banco o entidad emisora (ejemplo en el Ecuador es la Tarjeta Cuotafácil), o bien pueden ser emitidas mediante licencias concedidas por grandes emisoras internacionales como Visa, Mastercard o American Express.

Las prácticas comerciales también han establecido una serie de clasificaciones que diferencian a las Tarjetas de Crédito, como aquella establecida por el ámbito temporal, en donde encontramos tarjetas que tienen o no un límite para su uso en el tiempo. También se observa, que si atendemos a la validez de la tarjeta fuera de un territorio, distinguimos a las tarjetas de uso Nacional o de uso Internacional. Otra distinción aceptada pero más sutil que las anteriores, es aquella que clasifica a las tarjetas como Universales, cuando permiten obtener todo tipo de bienes y/o servicios, o como Particulares, cuándo solo sirven para ser utilizadas en servicios específicos, como gastos de hotel, pasajes aéreos, etcétera. Otra diferenciación, y que es de las más comunes, es aquella que hace referencia al límite de gasto o crédito que posee la Tarjeta, hallando entonces, a las denominadas Tarjetas Limitadas, o Ilimitadas, que en otras palabras, se puede decir, si tienen o no un cupo preestablecido.

Hecha esta revisión somera de los distintos tipos de tarjetas que actualmente circulan, es preciso señalar que en el presente trabajo de investigación nos ocuparemos

⁵(Carlos Alberto Villegas, en *Contratos Mercantiles y Bancarios*, P. 466,467), cita a autores como Fran Martins y Hernando Sarmiento, quienes también concuerdan con esta clasificación de las tarjetas de crédito según los emisores.

exclusivamente de la Tarjeta de Crédito de carácter Universal, enfoque que se justifica por la importancia que en nuestro país tiene en la actualidad el consumo y la utilización de las tarjetas de crédito, según cifras del Banco Central del Ecuador⁶ alrededor del 40% del total de la cartera de consumo colocada por todas las entidades del sistema financiero nacional, incluyendo a bancos, sociedades financieras, mutualistas y cooperativas, se ha realizado a través de las tarjetas de crédito, estableciéndose un promedio mensual de 180 millones de dólares americanos en este rubro.

Con estas precisiones, se obtienen bases para decir que la naturaleza de la tarjeta de crédito es eminentemente comercial y surge por la necesidad de simplificar las compras de bienes y/o servicios en un mundo cada vez más globalizado, donde se ha visto la necesidad de sustituir en las transacciones mercantiles al papel moneda, al cheque, por otros medios de pago que dinamicen en mayor medida al sistema económico, y en estos nuevos medios de pago, se destaca a la mencionada tarjeta como uno de los instrumentos preferidos en el cotidiano ámbito mercantil. Pero sin duda, este nuevo instrumento, debió perfeccionarse legalmente, jurídicamente, para ser tan aceptado; y no obstante que cada Estado, regula en mayor o menor medida a su propio sistema económico, pero es a través del contrato, surgido de entre los particulares, como se ha ido perfeccionando, desarrollando y habilitando el uso de la Tarjeta de Crédito. Obviamente en cada país habrá diversas regulaciones para que este medio de pago sea colocado en el mercado, pero esencialmente será el acuerdo de voluntades el que permita que se establezca jurídicamente la relación comercial compleja, entre el tarjetahabiente, el emisor de la tarjeta, y el comerciante. Coincidimos con el autor Carlos Bollini Shaw⁷, cuando al referirse al contrato de tarjeta de crédito, dice “que se trata de un contrato nominado, oneroso, conformado por dos, tres o cuatro partes, sin

⁶ <http://www.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/SectorMonFin/BoletinTasasInteres/año2011>

⁷ (Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan, *Tarjetas de Crédito*, P. 49)

existir intermediación, en la que puede o no haber una concesión de crédito, de acuerdo a lo convenido por las partes”.

1.1.1.- ¿Qué es una Tarjeta de Crédito?

Para responder a esta pregunta, y una vez revisadas las características generales de las Tarjetas de Crédito, nos enfocaremos en dar un concepto más formal de lo que se entiende por este instrumento de pago. El criterio del tratadista ecuatoriano Alfredo Contreras Villavicencio, nos parece el más adecuado⁸, pues nos dice:

“...La Tarjeta de Crédito propiamente dicha está representada por un número de afiliación que da acceso a una línea de crédito que concede el emisor de dicha tarjeta al cliente o tarjetahabiente. Este número de afiliación se lo consigna en una tarjeta plástica sensibilizada que registra la compra de un bien o servicio y lo carga a la cuenta del tarjetahabiente. Registra así mismo a favor de la persona natural o jurídica afiliada el valor de la venta que hace...”

De la definición anteriormente transcrita, se percibe claramente que la Tarjeta de Crédito es un instrumento, a través del cual el tarjetahabiente, puede realizar pagos en establecimientos comerciales que aceptan recibir esta tarjeta, como medio de pago. La operativa implícita en las transacciones efectuadas con la tarjeta, trata de un convenio de cobro⁹ en el cual se estipula un pago anticipado y una garantía de asumir riesgos, por parte del emisor de la tarjeta, ya que si el tarjetahabiente no paga, el emisor no podrá accionar contra el comerciante.

⁸ Alfredo Contreras Villavicencio, *Derecho Bancario y Monetario*, Tomo I, Guayaquil, Abad Cía. Ltda., P. 76.

⁹(Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan, *Tarjetas de Crédito*, P. 58)

Las relaciones Jurídicas que nacen del uso de la tarjeta de crédito son diversas, pues como ya se estableció anteriormente, está formada por varias partes, y por contratos que miran intereses distintos. La doctrina denomina *contrato base*, al convenio surgido entre el emisor de la tarjeta y el tarjetahabiente o cliente. Otro contrato que debe suscribirse o surgir, es aquel que se establecerá entre el emisor de la tarjeta y el comercio o establecimiento que se afiliará al sistema, en cambio, una relación de compra-venta es la que se nace entre el establecimiento y el tarjetahabiente. La anterior es una forma simple de enumerar las relaciones jurídicas que se establecen en una operación con tarjeta de crédito como medio de pago, cada contrato tendrá sus particularidades, sus cláusulas, sus exclusiones, sanciones y demás. El contrato entre el establecimiento y el emisor de la tarjeta, no pretenderá los mismos fines que el denominado *contrato base*, aunque existen tratadistas que ven en común en estos contratos, que ambos son de adhesión¹⁰.

Se determina entonces, los elementos básicos que definen a la Tarjeta de Crédito, por lo que ahora nos centraremos en observar el marco jurídico del Ecuador, que regula este medio de pago. En primer lugar diremos que a pesar de ver la creciente importancia que ha tomado el uso de la Tarjeta de Crédito en el Ecuador, hasta el momento no existe una Ley que la regule, tal y como si la encontramos en un elemento similar pero mucho menos utilizado, como el cheque, el cual si cuenta con una Ley, y su respectivo reglamento. Una vez hecha esta apreciación, nos corresponde decir que la normativa pertinente respecto a la Tarjeta de Crédito, la encontramos casi en su totalidad en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, y la Junta Bancaria, preceptos legales que son emanados por el Órgano de Control de las Instituciones Financieras que funcionan en nuestro país.

¹⁰(Carlos Alberto Villegas, en *Contratos Mercantiles y Bancarios*, P. 483)

Ubicamos entonces la definición para la Tarjeta de Crédito en el Ecuador, de acuerdo a lo indicado en el artículo 1, Sección I, Título I, del Capítulo V, Constitución, Funcionamiento y las Operaciones de las Compañías Emisoras o Administradoras de Tarjetas de Crédito y los Departamentos de Tarjetas de Crédito de las Instituciones Financieras, del Libro 1 de la Codificación de Resoluciones de la SBS, que textualmente dice:

“Se entenderá como tarjeta de crédito el documento emitido por una Institución Financiera o de servicios financieros autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, que le permita a su titular o usuario, disponiendo de una línea de crédito concedida por el emisor, adquirir bienes o servicios en establecimiento que, mediante un contrato, se afilian a un sistema, comprometiéndose por ello a realizar tales ventas o servicios”.

En esta definición de la SBS se advierten elementos similares vistos en las definiciones sobre la Tarjeta de Crédito expuestas en páginas anteriores. En el citado artículo 1, el organismo de control enumera y define qué se ha de entender por los conceptos como crédito rotativo, crédito diferido, además de enumerar los tipos de tarjetas a considerar en nuestro mercado: tarjeta de circulación general, tarjeta de circulación restringida (con definiciones similares a las ya nombradas tarjetas Universales y Particulares), tarjeta de pago y tarjeta de afinidad, esta última corresponde a aquella tarjeta de circulación general pero que tiene un beneficio adicional a favor de la entidad que desea promover determinada actividad.

Según la Codificación de Resoluciones de la SBS, únicamente pueden emitir tarjetas de crédito en nuestro país, las sociedades autorizadas que ya sea por propia emisión o por marca concesionada deciden emitir tarjetas de crédito y realizan las actividades de calificar y aprobar las solicitudes de los posibles tarjetahabientes, conceden líneas de crédito, efectúan cobros a sus clientes y pagan a los establecimientos afiliados, reciben fondos de sus tarjetahabientes con el fin de efectuar cargos a sus futuros consumos, entre otras. Es preciso señalar que esta normativa permite que existan las empresas denominadas Administradoras u Operadoras de Tarjetas de Crédito, que convienen con una entidad emisora a realizar todas las actividades relacionadas con las tarjetas de crédito, excepto obviamente, la emisión. El artículo 6 del citado cuerpo legal, dispone que para ser emisor o administrador de tarjetas de crédito se deberá contar con la aprobación de la SBS, y ser necesariamente compañía anónima. Por otro lado, las entidades que integran el sistema financiero, ya sean bancos, sociedades financieras, mutualistas o cooperativas, están autorizadas a ser emisores o administradoras de tarjetas de crédito.

Siempre refiriéndonos al mismo capítulo de la mencionada Codificación, consideramos pertinente detenernos a analizar lo establecido en el artículo 13, ya que existen dos exigencias fundamentales para que sea válida la colocación por parte del emisor de una tarjeta de crédito, la primera de ellas está relacionada con la firma de un contrato entre el tarjetahabiente y la entidad emisora o administradora de tarjetas de crédito, dicho contrato, según reforma reciente contenida en la Resolución de la Junta Bancaria No. JB-2011-1872, se hará en base al modelo de contrato que determine el organismo de control, y deberá contener requisitos mínimos, de los cuales destacamos los siguientes:

- Declaración de intransferibilidad de la tarjeta de crédito.
- Determinación de la propiedad de la tarjeta.
- Determinación y explicación de cobros por gastos y cargos.
- Establecimiento de la fecha tope de pago.
- Periodicidad de la emisión del Estado de Cuenta.
- Plazo no menor a 15 días para que el tarjetahabiente pueda manifestar su inconformidad con el saldo contenido en su estado de cuenta.
- Condiciones relacionadas con la pérdida de la tarjeta, en cuyo caso debe su titular comunicar de dicha pérdida al emisor, para no responder por los cargos que se efectúen con su tarjeta de crédito.

De igual forma, el artículo 15, señala los requisitos mínimos que deberán contemplarse en la suscripción de un contrato entre la entidad emisora de la tarjeta y el establecimiento afiliado al sistema, aunque cabe recalcar que en este contrato la Superintendencia de Bancos no exige que se lo haga en base a un contrato modelo establecido previamente por el ente de supervisión, a continuación se detallan los principales requisitos mínimos:

- Obligatoriedad por parte del establecimiento afiliado de recibir la tarjeta como medio de pago.
- Obligatoriedad del establecimiento de emitir la nota de cargo y de verificar que la firma que consigne el tarjetahabiente sea la misma que consta en el reverso de la tarjeta.
- Imposibilidad del establecimiento de ejecutar cobros pendientes a favor de la compañía emisora o administradora de la tarjeta.

- Fijación de cupos para las transacciones mediante la tarjeta. No podrá el establecimiento dividir o fraccionar el valor de los consumos a fin de evadir la obligación, de solicitar autorización para cupos mayores a los asignados.

Es preciso acotar que los contratos que celebran las emisoras o administradoras de Tarjetas de Crédito con los tarjetahabientes o establecimientos afiliados, como ya se mencionó, son contratos de adhesión, por lo que además deberán observarse los preceptos que establece la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Al mirar lo dispuesto por el Organismo de Control en la Codificación de Resoluciones, nos salta a la vista, que al igual que la doctrina revisada¹¹, la Tarjeta de Crédito es considerada en nuestra legislación como un instrumento no transferible, a más de ser de identificación, por lo cual no lo podemos considerar como un título valor, cuya característica tipificante es la negociabilidad o transferibilidad. La Tarjeta de Crédito debe por consiguiente considerarse como un documento extendido a nombre del Titular o usuario, quien es el único autorizado a utilizarla para realizar las compras o prestaciones presentando el plástico otorgado. Se colige que es responsabilidad fundamental del tarjetahabiente el de conservar y guardar debidamente este instrumento, quedándole expresamente prohibido dar a terceras personas para que lo utilicen.

Estructura Física de la Tarjeta de Crédito.- Una Tarjeta de Crédito es un documento de plástico que contiene la identificación del usuario, así como un número asignado por el emisor de la Tarjeta, un logo de la Marca de la Tarjeta y del Emisor, además de varias seguridades, que generalmente son de uso universal ya que provienen de regulaciones internacionales emanadas por acuerdo de las principales marcas de Tarjetas de Crédito a nivel mundial (PCI Payment Card Industry). En la página Web de la empresa Interdin S.A. Emisora y Administradora de Tarjetas de Crédito, está

¹¹(Carlos Alberto Villegas, en *Contratos Mercantiles y Bancarios*, P. 499)

disponible la estructura física que presenta una Tarjeta de Crédito, así como las seguridades propias de este instrumento, a continuación se transcribe lo publicado en la citada página electrónica.

TARJETA VISA

ESTRUCTURA TARJETAS VISA

Las tarjetas Visa que llevan el nuevo diseño de marca y características de seguridad ya se encuentran en el mercado. Las tarjetas Visa con el holograma en la banda estarán en circulación hasta aproximadamente el 2011. Esta guía destaca las características de la tarjeta Visa que usted necesita conocer.

Características de seguridad de la tarjeta VISA:

El diagrama muestra la estructura de una tarjeta Visa con 11 características de seguridad numeradas:

- Nombre de producto**: Los nombres del producto como Prestige y leyendas como "válida hasta" y "cliente desde" pueden aparecer impresos en esta tarjeta.
- Número de cuenta grabado al relieve o impreso**: Tiene hasta 16 dígitos y comienza con un 4. Los dígitos deben verse claramente, el número de cuenta debe coincidir con el número desplegado en su terminal. Las tarjetas impresas podrían tener un número de cuenta parcial.
- Primeros 4 dígitos del número de cuenta impresos**: Los primeros 4 dígitos del número de cuenta deben estar impresos.
- Nombre del tarjetaahabiente o identificador**: Podría no aparecer en la tarjeta, se podría usar identificadores como "Miembro del Club".
- Banda magnética**
- Panel de firma**: Debe aparecer en el reverso de la tarjeta y contener un elemento ultravioleta que repite la palabra VISA. La palabra VOID o NULA, se ve si la seguridad del panel ha sido comprometida.
- Marca Visa**: Aparece en azul y amarillo sobre un fondo blanco en la esquina inferior derecha.
- Elemento Ultravioleta**: Al colocar la tarjeta bajo una luz ultravioleta se verá una V encima de la palabra VISA.
- Fecha de vencimiento**: Está impresa o grabada al relieve en el frente de la tarjeta.
- El valor de verificación de tarjeta 2 o CVV2**: Son los últimos 3 dígitos impresos en el área blanca al lado del panel de firma o en el panel después del número de cuenta completo o abreviado.
- Holograma de la paloma en tercera dimensión**: Parece volar cuando la tarjeta se inclina o se mueve de arriba a abajo.

Si por cualquier motivo sospecha que la tarjeta no es legítima, llame al Centro de Autorizaciones y solicite autorización código 10:
Quito: PBX (02) 298 4444 / Guayaquil PBX (04) 288 0400 / Cuenca PBX (07) 283 0400.

Hemos enunciado de forma superficial las principales características de la Tarjeta de Crédito, pues no es pretensión de este trabajo adentrarse en los conceptos y alcances técnicos jurídicos administrativos que regulan el uso de la tarjeta de la crédito, pues más bien nos enfocaremos en un delito específico que se viene cometiendo con este instrumento financiero, sin embargo si debemos enunciar problemáticas inherentes a la utilización de la tarjeta, específicamente en el campo penal y procesal penal, no dejando de lado a lo suscitado en el área civil y comercial, de lo cual nos ocuparemos en las siguientes líneas de este capítulo.

1.2.- Problemática Civil y Penal de la Tarjeta de Crédito en nuestra Legislación

Como se señaló anteriormente, el marco jurídico que regula el uso de la Tarjeta de Crédito, está en contenido principalmente en la Codificación de Resoluciones de la SBS, aunque subsidiariamente podemos encontrar ciertas disposiciones legales aplicables, que se ubican en otros cuerpos legales como el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, lo cual a primera vista, ya nos indica una dispersión de normativa que dificulta la labor jurídica que supone hallar preceptos normativos para encontrar soluciones si se presentan controversias en el ámbito del uso de este instrumento financiero.

Esta orfandad regulatoria corrobora que el Derecho va a la zaga del dinamismo y de la propia realidad mercantil¹², sin embargo, a pesar de existir gran cantidad de leyes, reglamentos, y disposiciones legales de toda índole en nuestra realidad, vemos que hay

¹² (Carlos Bollini Shaw – Mario Goffan, *Tarjetas de Crédito*, P. 165), los autores utilizan este término al referirse a la situación del marco jurídico que regula la tarjeta de crédito en Argentina.

vacíos, anomias jurídicas, para ciertos asuntos, que por su importancia o uso generalizado sí deberían tener un sustento legal base, que otorgue certeza jurídica a las relaciones comerciales como en el caso objeto de nuestro estudio. Podemos decir a priori, y suponiendo que la normativa contenida en la Codificación de Resoluciones de la SBS, fuera suficiente y que efectivamente con claridad regulase todo lo concerniente a las operaciones con tarjetas de crédito; que al no estar contenida en una Ley, puede ser cambiada constantemente (como de hecho ocurre), lo que resta certeza jurídica a los actores que intervienen en estas transacciones comerciales, ya sea actuando como emisores, usuarios, o establecimientos afiliados al sistema.

No se pretende insinuar o decir que el Órgano de Control, que en el País es la Superintendencia de Bancos y Seguros, deje de tener la capacidad de supervisar de manera técnica al sistema financiero, y más tratándose de controlar y regular un segmento que mueve grandes cantidades de dinero¹³, pero si creemos que sería deseable, que al menos en cuestiones básicas sobre regulación de la Tarjeta de Crédito, exista cierta perdurabilidad en el tiempo, que de alguna manera, es la función jerárquica de una Ley.

Hechas estas apreciaciones, corresponde indicar que la revisión que se efectuará acerca de la temática en el ámbito civil sobre la tarjeta de crédito, será referente a ciertos enfoques específicos, pues el abordaje en el tema mercantil y comercial es meramente tangencial, pero se considera importante revisar este contenido a fin de ampliar el panorama de nuestro estudio, recalcando que es en el ámbito penal donde se iniciará propiamente el tema de nuestra investigación.

¹³ Recientemente la Junta Bancaria emitió las Resoluciones JB-2011-1897 y JB-2011-2034, que disponen cambios a implementarse en la metodología técnica para calificar los riesgos inherentes a los créditos a otorgarse, así como para la constitución de provisiones de las entidades financieras.

1.2.1.- Problemática procesal en materia civil, breve análisis

Conforme a lo anotado, hemos vistos las normas que regulan los contratos de emisión de la Tarjeta de Crédito, y las que deben observarse para realizar el convenio comercial entre el establecimiento y el emisor de la Tarjeta. Habíamos dicho también, que la relación que surge entre el tarjetahabiente y el establecimiento es una de compra-venta, de tal manera que siendo en esencia una relación entre privados, también cabe incorporar las normas de carácter civil que regulan los contratos, normas a las que pueden también acudir las partes cuando se suscitan controversias con los contratos de la Tarjeta de Crédito. Por ejemplo el artículo 1561 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes; los artículos subsiguientes del citado cuerpo legal, establecen preceptos sobre la ejecución de buena fe de los contratantes, y todo lo relacionado con las obligaciones y derechos de las partes que suscriben un convenio. No puede dejarse de lado todo lo relacionado con la interpretación de los contratos, pues los artículos que contienen estas disposiciones también son aplicables a los contratos que nacen en el sistema de Tarjetas de Crédito.

Ahora bien, cuando se suscitan controversias, diferencias, o reclamos que una de las partes o todas las que intervienen en estas operaciones, deban resolver, existen dos vías para intentar llegar a una solución en la que un tercero sea el que defina la controversia; la primera es la vía administrativa, y la segunda es la vía Judicial. En la vía administrativa la Superintendencia de Bancos y Seguros es la entidad que receptará y resolverá reclamos en que las partes consideradas débiles de la relación (principalmente tarjetahabientes, comercios) interpongan en contra de las decisiones tomadas por las entidades financieras. En los artículos de la Sección I, Título XX,

Capítulo IV, del Procedimiento para la Atención de los Reclamos contra Las Instituciones del Sistema Financiero, del Libro 1 de la Codificación de Resoluciones de la SBS, se establece que los clientes y usuarios de los servicios que prestan las IFI'S, podrán interponer reclamo administrativo ante el organismo de control, quien atenderá y tramitará estos reclamos, pero antes el usuario debe haber agotado el trámite ante la entidad financiera correspondiente, cuyo plazo para atender el reclamo es de 15 días. Para resolver el reclamo, la SBS solicitará la información pertinente al propio usuario y a la entidad financiera involucrada, después de lo cual dictará la Resolución Administrativa correspondiente. De dicha Resolución, cabe interponer los Recursos Administrativos de Reposición ante el Funcionario que la dictó y de Revisión ante la Junta Bancaria¹⁴. Finalmente, cabe indicar que de la última instancia administrativa, como es el recurso de Revisión, se puede recurrir a la vía de lo Contencioso Administrativo en la Justicia Ordinaria.

Es preciso dejar sentado, que los tarjetahabientes y establecimientos comerciales, suelen en ocasiones interponer reclamos contra las entidades emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, mediante queja ante el Defensor del Pueblo, trámite que es resuelto de acuerdo a los preceptos contenidos en la Ley y el Reglamento que regulan a dicha Institución Oficial. Si bien de alguna manera las controversias o reclamos de una de las partes (el tarjetahabiente) de la relación jurídica están cubiertas, y son atendidas por el organismo de control, sin el ánimo hacer un exhaustivo análisis del criterio utilizado para resolver los asuntos por parte de la SBS, encontramos que en autoridades del organismos de control, no siguen el mismo criterio, de algunos trámites ya resueltos por la Junta Bancaria sobre un mismo punto de controversia. Como muestra

¹⁴ Art. 137, Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

de esta percepción, encontramos a una Resolución de la Junta Bancaria¹⁵, y por otro lado, a una sanción administrativa del Subdirector de Servicio de Atención al Cliente, en la que una idéntica controversia, el reclamo que hace un tarjetahabiente hacia el emisor de la tarjeta por haber cargado a su cuenta, cobros por servicios y/o bienes con los cuales el tarjetahabiente está inconforme, es resuelta de manera diferente. A nuestro criterio, los valores de este tipo de reclamo deben ser asumidos por el tarjetahabiente, y éste debe reclamar legalmente al proveedor de dichos bienes y/o servicios, y no al emisor de la tarjeta, puesto que la Tarjeta de Crédito es un medio de pago. En este sentido resolvió la Junta Bancaria, más no una de sus autoridades. No se pretende decir con esta anotación que las Resoluciones Administrativas efectuadas por el Organismo de Control no estén debidamente valoradas y motivadas, probablemente en muchos casos así sea, pero contradicciones como la anotada, y sobre todo por que no se conoce de la existencia de una especie de recopilación de criterios en la Superintendencia de Bancos, es que puede dificultarse el encontrar seguridad jurídica por parte de las partes que intervienen en la operatividad del sistema de tarjetas de crédito.

Ahora nos referiremos a un punto primordial en la problemática especialmente de carácter procesal civil, referente a la preocupación constante de las entidades emisoras o administradoras de Tarjetas de Crédito acerca de la necesidad de recuperar las cantidades adeudadas o impagas, por los tarjetahabientes. No está determinada con claridad en nuestra legislación, una forma concreta de que las obligaciones generadas en el Estado de Cuenta de las Tarjetas, pueda ser cobrado por la vía ejecutiva, si bien es cierto que se generan vouchers (que el usuario firma por cada compra) al momento de

¹⁵ La Resolución JB-2011-2069, establece en sus considerandos que de la relación contractual surgida entre un tarjetahabiente y un establecimiento emanan derechos y obligaciones, cuya disputa deberá ser aclarada entre éstas partes. El Oficio No. SAC-2011-XX84 suscrito por el Subdirector de Atención al Cliente, al resolver sobre un reclamo presentado, indica que la entidad emisora de la tarjeta es responsable por el manejo adecuado de los establecimientos y debe aplicar políticas de protección a sus clientes, asumiendo responsabilidad en hechos que lesionen los derechos del cliente.

hacer valer como prueba plena de la obligación adquirida las entidades financieras se han topado no en pocas ocasiones con inconvenientes para hacer valer sus derechos como acreedores, es por ello que la vía verbal sumaria es la más utilizada al momento de cobrar las acreencias, pero siendo un juicio de conocimiento, y en el cual se declarará el derecho, se dilata procesalmente, la recuperación de cartera vencida por parte de las Instituciones Financieras, y si bien es cierto, que el voucher que firma el tarjetahabiente como reconocimiento de la deuda adquirida, en la práctica dicho documento es un pagaré, que contiene una promesa de pago, y que así mismo es un título ejecutivo, pues en el texto de las notas de cargo o vouchers que firman los tarjetahabientes, encontramos insertas las expresiones características del Pagaré, es decir, la del pagar en forma incondicional y sin protesto el valor total de la nota de cargo. Pero resulta que las emisoras de Tarjetas de Crédito tienen bastantes dificultades al momento de plantear los juicios ejecutivos basados en los vouchers, pues existen diferentes motivos que no hacen viable el cobro por esta vía de la cartera morosa de las entidades que emiten tarjetas de crédito; por ejemplo la misma destrucción de los vouchers (por el tipo de papel utilizado), la dificultad en recopilarlos, la prescripción de la acción de cobro de estos documentos...etcétera.

Existe la posibilidad, de que el tarjetahabiente reconozca la firma en los documentos que contienen las obligaciones generadas por el uso de la Tarjeta de Crédito, ó puede incluso darse una confesión judicial, que permitirá iniciar el cobro vía ejecutiva, pero esto sucede en la minoría de casos, por lo que encontramos un gran vacío jurídico que deben soportar las entidades financieras emisoras al momento de recuperar los valores en mora, situación que pudiera evitarse si se considera al estado de

cuenta de la tarjeta de crédito, de la misma manera como se considera al estado de cuenta de una cuenta corriente¹⁶.

Existen pronunciamientos diversos emanados de la Corte Suprema de Justicia respecto del valor probatorio de los Estados de Cuenta, por ejemplo en la Resolución No. 79-2004, 22-IV-2004, publicada en el Registro Oficial 424 del 20 de septiembre de 2004. La Primera Sala de lo Civil, manifestó “que aunque la normativa vigente no se refiere de manera expresa al valor probatorio de los Estados de Cuenta de la Tarjeta de Crédito, no significa que el Juez no pueda apreciar el valor probatorio de estos documentos para establecer la existencia de la obligación, además de que El Juez debe aplicar las reglas de la sana crítica y valorar estas pruebas (estados de cuenta) con relación al proceso y equipararlo a disposiciones similares (estado de cuenta corriente). Sin embargo la misma Corte Suprema, en los fallos 363 y 364-2007, publicados en el Registro Oficial 352-S del 22 de Diciembre de 2009, ha sostenido que: “Las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento. La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles o su mérito o valor corresponde exclusivamente a la ley y se debe considerar como no escrita, por ineficaz, la cláusula del contrato de emisión de Tarjeta De Crédito firmada por las partes que le dan valor probatorio al Estado de Cuenta”.

Los aspectos anteriormente mencionados, no son los únicos a estudiarse y revisarse dentro de la problemática administrativa, civil y procesal civil del uso de la Tarjeta de Crédito, pero se ha considerado pertinente realizar un breve acercamiento a los temas que se considera más relevante sobre esta temática.

¹⁶ El artículo 52 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, indica que el estado de cuenta corriente será considerado como título ejecutivo, cuando los bancos liquiden los sobregiros ocasionales de sus clientes.

1.2.2.- Problemática procesal penal

En esta parte de nuestro trabajo, nos adentramos ya en lo que serán la obtención de los insumos necesarios, para poder dar respuesta a la hipótesis planteada. De la misma manera que se indicó que no existe normativa con rango de Ley en nuestra legislación, que regule el uso de la Tarjeta de Crédito, en materia penal, esta anomia jurídica se hace más evidente. Los preceptos legales que contienen las sanciones y penas en nuestro marco jurídico actual, apenas y hacen referencia a nuevos delitos, que surgen casi a la par de los avances tecnológicos. Si bien en el año 2002 se promulgó en nuestro país la Ley de Comercio Electrónico¹⁷, que introdujo algunas reformas referentes a sancionar ciertas conductas, consideradas como infracciones informáticas, y habiendo pasado más de 10 años desde la entrada en vigencia de estas reformas, se observa en la práctica, que dichos artículos no han sido suficientes para afrontar, y dar el soporte legal-jurídico que requiere el Estado y la sociedad, para perseguir estas infracciones, pues no se abarca todo el ámbito en el que actúa la delincuencia que se dedica a perpetrar este tipo de crímenes. Más adelante se verá en detalle los alcances de estos artículos en casos concretos de procesos penales suscitados en el Ecuador.

En materia procesal penal ya de por sí nuestro sistema actual tiene falencias que no permiten la celeridad en los procesos, y a nuestro entender, las excesivas garantías proporcionadas a los imputados hacen que el proceso deba superar varias trabas hasta llegar al conocimiento de los Tribunales Penales. En materia del delito que vamos a analizar, el Código Adjetivo Penal que nos rige, no ha evolucionado para permitir que

¹⁷La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas, y Mensajes de Datos, introdujo en el Código Penal, varios artículos que consideran a las infracciones informáticas como delitos, así tenemos al art. 202.1 sanciona el violentar información protegida, el art. 202.2 sanciona la obtención y utilización no autorizada de información, el art. 353.1 sanciona la falsificación electrónica, y el art. 549.1 sanciona la apropiación ilícita utilizando fraudulentamente sistemas de información.

los Fiscales, y la Policía Judicial, tengan en él, un instrumento jurídico que haga eficaz el actuar del Estado para perseguir y sancionar estos ilícitos.

Ya introduciéndonos a la etapa central del presente trabajo, pasaremos a revisar a profundidad las características del delito de clonación de tarjetas de crédito, incluso en el tercer capítulo se analizarán casos concretos, lo que nos permitirá obtener una mirada más amplia sobre la problemática penal y procesal penal, a la que se deben enfrentar tanto la Función Judicial a través de los Jueces, Tribunales de lo Penal y los Fiscales, así como la Policía Judicial, las empresas emisoras y administradoras de tarjetas de crédito, los establecimientos comerciales afiliados y fundamentalmente los ciudadanos, como partes ofendidas por la acción criminal, para lograr que se Juzgue el cometimiento de este ilícito.

CAPÍTULO II: DELITOS CON TARJETAS DE CRÉDITO, CLONACIÓN DE TARJETAS

2.1.- Definición del Delito Económico

Es indispensable definir lo que se entiende por delito económico en este trabajo, a fin de establecer el alcance del problema planteado. Lo que se conoce como *delincuencia económica* supone conductas antijurídicas ante todo, que menoscaban la confianza de la ciudadanía en el sistema económico, financiero y de precios impuesto por el Estado¹⁸, es decir, lo que se busca al enfocar con esta perspectiva el tema planteado, es visualizar que este nuevo ilícito, puede afectar seriamente al normal desenvolvimiento de las actividades comerciales en las que se utiliza la tarjeta de crédito como medio de pago, que como ya se vio, no es poca su relevancia en los mementos actuales de la economía ecuatoriana.

Al hablar de delito económico pudiera pensarse que las personas que cometen este tipo de infracciones son aquellas de un estrato social alto, que tienen acceso por su profesión o actividad a elementos que normalmente no está al alcance de un ciudadano común, pero esta visión está muy alejada de la realidad. Este tipo de delitos puede ser cometido por cualquier persona, aunque es posible que para causar un grave efecto en el sistema económico, se necesitará cierta predisposición o conocimiento sobre el funcionamiento del o los sistemas económicos o comerciales que se van a vulnerar; pero no se puede considerar que estas conductas son propias y exclusivas de un determinado grupo social.

¹⁸ Larroulet Cristian y Mochón Francisco. *Economía*, Chile, Editorial McaGraw-Hill, citado por Paulina Araujo Granda, *Derecho Penal Económico*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, P. 16.

Por otro lado también se podría suponer que el delito económico es connatural a un Estado Capitalista o Liberal, pues por las reglas de juego de estas economías, hacen más notorio que se ponga en peligro el normal desenvolvimiento de las relaciones económicas entre los individuos, pero el delito económico también puede darse en otro tipo de Estados, como aquellos Totalitarios o incluso Marxistas, ya que el delito económico lo que hace es poner en riesgo la subsistencia del sistema económico imperante, o de una parte de él, causando un peligro o un potencial peligro a la colectividad. Así tenemos que no en pocas ocasiones un delito económico, aparentemente puede causar *menos alarma social*, que un delito de los considerados *típicos* en nuestra sociedad, como un robo con violencia por ejemplo. Si bien ambas conductas antijurídicas deben ser reprochables socialmente, y deben ser perseguidas y sancionadas por el aparato estatal; vemos cotidianamente, en buena parte gracias a la trascendencia que los medios de comunicación otorgan a ciertos hechos, que un delito económico, que puede revestir mucho mayor daño para la población en su conjunto, pase en ocasiones, desapercibido, a pesar de existir un gran riesgo potencial en su cometimiento, la gran mayoría de los afectados o posibles afectados, ven en el hecho de un robo con violencia, aunque sea en un lugar distante al de su vivienda, un evento que puede causar mayor efecto de temor o de cuidado.

Dada toda la teoría sobre el Derecho Penal existente, las categorizaciones distintas que esta rama del Derecho estudia, e incluso las variadas vertientes a la hora de describir técnicamente a los tipos penales, no podemos encontrar una única definición acerca del delito del económico, pero si podemos decir que al igual que la doctora Paulina Araujo en su obra, Derecho Penal Económico, que este delito:

“ Más allá del bien jurídico que se pretende proteger a través del Derecho Penal Económico, estos delitos revisten una importancia tal, pues el impacto o daño social que producen se manifiesta de una manera material e inmaterial, siendo la inmaterial – reflejada en la pérdida de confianza en el sistema-, la que trae consigo mayores consecuencias negativas para el desarrollo integral de un Estado, por ende de sus habitantes, a quienes, al amparo del nuevo ordenamiento jurídico, está garantizado su derecho al “buen vivir”¹⁹.

2.1.1.- Conceptos sobre el delito en general, características del delito económico

El Derecho Penal es el elemento jurídico más enérgico del Estado, para evitar las conductas indeseables, e inconvenientes dentro de una sociedad²⁰, por lo tanto aquellas conductas que atentan contra una comunidad, deben ser tratadas observando como finalidad última el mantenimiento social. La manera de proteger esta cohesión social es acudiendo a la rama del Derecho que se encargará de establecer todo un andamiaje que contenga tanto las normas sustantivas (Código Penal) como las adjetivas (Código de Procedimiento Penal) que puedan ser utilizadas para remediar, sancionar y corregir estas desviaciones en el desarrollo de la convivencia humana.

Las concepciones tradicionales sobre el delito, nos indican que toda persona que infringe la ley penal, o comete un hecho tipificado como antijurídico, es el sujeto activo del delito, en tanto que aquella persona a la que se le causa el daño, es considerada como el sujeto pasivo del delito. Cuando se requiere conocer las definiciones o acepciones de lo que se considera un delito, ó, cuándo puede considerarse algún hecho como delito, se hace necesario referirse a la Teoría Clásica del delito, que es la que

¹⁹ Paulina Araujo Granda, *Derecho Penal Económico*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, P. 92.

²⁰ Efraín Torres Chávez, *Práctica Penal*, Editorial UTPL, Loja, P. 22.

imperla en nuestro Código Penal, y allí establecemos la existencia de tres componentes necesarios para calificar una conducta (puede ser de acción u omisión) como delictiva, y así tenemos que éstos son: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. La tipicidad, es en definitiva, la descripción con todos los elementos de la conducta reprochable²¹, es una adecuación de aquellos hechos considerados por el legislador como sancionables, en un tipo legal, o norma jurídica²². La doctrina ha denominado a la tipicidad, o tipología de los delitos, como *principio de legalidad*, puesto que lo esencialmente se busca con este concepto, y así lo sostuvo el tratadista Von Litz, es que se determinen previamente las conductas prohibidas, para evitar caer en los excesos que pudieran cometer quienes detentan el Poder, en un Estado. La tipificación del delito, por otra parte, se convierte también en una especie de garantía de las personas, frente al Estado, pues éste, no puede arbitrariamente ejercer el ius puniendi a discreción.

La antijuricidad está dada por la constatación de que el ilícito ha ido en contra del ordenamiento jurídico, es decir se ha infringido la ley penal, y se ha causado la afectación material de los bienes jurídicos. Aquí parece interesante exponer la concepción de antijuricidad que sobre la infracción a la ley penal, nos dice el tratadista Carlos Binding, para quien el delito no es una infracción a la ley del Estado, sino más bien una conducta que se ajusta a lo dispuesto por la ley penal²³, y en la realidad, es esto lo que sucede con las sanciones establecidas por una ley penal, pues para condenar a un imputado, su conducta debe adecuarse a lo establecido en la ley penal, y no ir en contra de ella. Según lo sostiene Paulina Araujo, al exponer el concepto sobre la antijuricidad, nos indica que deben concurrir tres elementos, para establecerla, a) Una conducta que afecte al mundo exterior; b) que se la haya perpetrado con dolo o culpa según la

²¹ (Efraín Torres Chávez, *Práctica Penal*, P. 23)

²² Nuestro Código Penal, en su artículo 2, establece un concepto sobre lo que ha de entenderse como tipicidad en nuestro ordenamiento jurídico.

²³ Citado por Efraín Torres Chávez, en *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*, Volumen I, Editorial UTPL, Loja, P. 25.

tipificación correspondiente; y, c) que no existan causas de justificación, puesto que ellas eliminan la antijuricidad de la acción u omisión, pues no se la consideraría a ésta, contraria a Derecho²⁴.

La culpabilidad se presenta como el elemento final que configura un delito, y de ella diremos que consiste en la vinculación que se hace al sujeto activo del delito con el hecho punible, de tal manera que este hecho punible haya sido ejecutado con voluntad y conocimiento por su autor. Al igual que lo analizado en cuanto a la antijuricidad, para que el sujeto activo pueda hacerse merecedor a la pena, y por lo tanto ser culpable, debe cumplirse ciertos presupuestos, como aquél que se establece para el autor de la conducta delictiva, la imputabilidad, es decir, que la persona esté en la capacidad de comprender que su conducta es antijurídica. *El dolo o la culpa*, son las situaciones que indican si la persona actuó con la intención de causar daño (dolo) o actuó con negligencia o imprudencia (culpa), y finalmente, debemos señalar que debe presentarse la exigibilidad de una conducta, vale decir, la ausencia de causas de exculpación.

De manera muy general, diremos que el delito económico es aquella acción u omisión ilícita que causa pérdidas financieras, y éstas pérdidas son capaces de generar una desconfianza que se expande en la colectividad, en relación a las instituciones financieras, a las empresas, al gobierno, e incluso puede alcanzar a poner en riesgo potencial a todo un sistema económico comercial de una ciudad o región. Este tipo de delitos tiene características muy difíciles de encasillar, pues su tratamiento difiere de un país a otro y de una legislación a otra, sin embargo si se puede señalar, que el fenómeno de la globalización ha hecho extender y proliferar estas conductas antijurídicas. El avance de la tecnología también logra, valga la redundancia, el avance de los delitos económicos y financieros. Sin embargo, algo fundamental para identificar a este delito,

²⁴ (Paulina Araujo Granda, *Derecho Penal Económico*, P. 117)

es que para cometerlo no *se utiliza la violencia*, contra las personas, ya que las actividades ilegales que sirven de preparación y perpetración del delito, son entre otras, el fraude, la suplantación, la simulación; y en cambio es común, el violentar seguridades y accesos de información o bases de datos, para lograr el cometimiento del ilícito.

La Organización de las Naciones Unidas, al referirse a los delitos económicos y financieros, indica que en el mundo en desarrollo, las repercusiones a largo plazo, y sus costos para el desarrollo sostenible, son mayores en comparación de los países del Primer Mundo, ya que los marcos normativos son débiles y la capacidad del aparato estatal es limitada²⁵, lo cual reflejaría que los países en vías de desarrollo como el nuestro, están más expuestos a los impactos provenientes de la realización de los delitos económicos, así como serían más propensos para el asentamiento de los delincuentes dedicados a este ilícito .

2.1.2.- La tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, en el delito económico

Ya se anotó anteriormente estas tres características básicas que componen la concepción del delito en general, según la Teoría Clásica del Derecho Penal, y en este sentido, nos parece necesario, revisar al delito económico, de acuerdo a estos tres componentes. En primer lugar, al referirnos a la tipicidad, diremos que esta se encarga de describir la conducta prohibida, identificando a los sujetos del delito (activos, pasivos), y en último término a los objetos, vale decir bienes jurídicos, protegidos. Para la sanción de los delitos que denominaremos *comunes o clásicos*, la tipicidad, está ajustada totalmente al *principio de legalidad* que ya conocemos, pero en el caso de la tipificación de los delitos económicos, nos encontramos ante cierta dificultad, puesto

²⁵ Informe Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, 2005 Bangkok Thailandia, P. 5.

que el dinamismo del sistema económico es mucho mayor en relación a otros sectores sociales²⁶. Las técnicas jurídicas y legislativas deben entonces idear mecanismos que permitan al Estado lograr la tipificación de estos delitos, encontrándonos con los denominados tipos penales en *blanco*, en los cuales el Juez que aplicará la sanción debe remitirse a otras normas, para poder hallar la pena del caso concreto, es decir hay una especie de remisión legal para hallar la sanción de la conducta antijurídica; y por otro lado, hallamos los tipos penales *abiertos*, cuyos preceptos, dejan en manos del Juez la interpretación de la norma, de tal manera que será éste, quien motivada y razonablemente aplicará la sanción²⁷. Observamos entonces, que la aparición de los tipos penales y en blanco, son inherentes a la tipificación de los delitos económicos.

Los sujetos activos o agentes que se describirán en esta normas, serán aquellos que adecúen su conducta mediante la acción u omisión al tipo descrito , y aquellos sobre los que recaiga este hecho dañoso (sujetos pasivos), o víctimas, serán los que sufren la consecuencia del acto ilícito. Se puede decir, que la dificultad recae en identificar a los sujetos pasivos de esta conducta, pues como se verá mas adelante, pueden ser varios, o hasta incluso, puede ser una colectividad, por lo que es en ocasiones el mismo Estado el que se coloca como sujeto pasivo, de estas conductas. Con relación al bien jurídico protegido, nos quedaremos con lo expuesto por el jurista Martínez-Buján Pérez, quien nos dice:

“ Es evidente que en los delitos económicos en sentido amplio, el orden económico nunca podrá constituir un bien jurídico directamente tutelado en el sentido técnico, en el sentido de que su vulneración se halle incorporada implícitamente a cada

²⁶ (Paulina Araujo Granda, *Derecho Penal Económico*, P. 99)

²⁷ *Ibídem*.

tipo injusto de la infracción correspondiente...en algunos casos podrá tratarse de un bien de índole supraindividual...²⁸,”

Con lo expuesto por el mencionado jurista, podemos inferir que por la naturaleza de las conductas antijurídicas en los delitos económicos, el bien jurídico protegido, en la mayoría de ocasiones, no puede referirse a una lesión concreta, pues estamos hablando de conductas pluriofensivas, y de peligro abstracto, lo que conlleva a establecer que más allá del bien patrimonial individual que se protege, está por sobretodo, un bien colectivo que cuidar.

La antijuricidad de aquellos delitos denominados económicos o financieros, al igual que los demás delitos, viene dada por la verificación de la efectiva violación de la norma, por parte del sujeto activo, y en este sentido, también se puede establecer como excepción a la antijuricidad, una inexigibilidad jurídica, proveniente de elementos que justifiquen la conducta atípica. En el Código Penal ecuatoriano²⁹, se establecen estos elementos que justifican esta clase de conductas, que se resumen básicamente en el concepto de legítima defensa, y en el de estado de necesidad; ambos elementos, “en la mayoría de los casos se tornan irrelevantes o más bien escasos³⁰”, al referirnos a los delitos económicos, puesto que es muy complicado demostrar o establecer por ejemplo una legítima defensa al perpetrar un delito a través de internet, o sustentar como excusa, el estado de necesidad en el blanqueo de capitales. No obstante, pudiera entenderse el planteamiento de estos justificativos, en una crisis económica, o si un grupo de ciudadanos realiza actos de defensa en el supuesto de proteger los intereses económicos de un País.

²⁸ Martínez-Buján Pérez Carlos, citado por Paulina Araujo Granda, *Derecho Penal Económico*, P. 115

²⁹ En los artículos 19 al 27 se establecen las causas de justificación de las infracciones penales, legítima defensa, estado de necesidad.

³⁰ (Paulina Araujo Granda, *Derecho Penal Económico*, P.119)

En lo concerniente a la culpabilidad, diremos que este tema, en los delitos económicos al igual que en el resto de tipos penales, es esencial la vinculación personal con el sujeto activo, la imputabilidad es el requisito *sine qua non*, para declarar la culpabilidad de un procesado. Lo que sí es menester señalar, es que en este tipo de delincuencia, para poder establecerse una sanción, el dolo o la culpa muchas veces se confunden entre sí, es decir, en último término, lo que interesa es demostrar la participación en el delito, pues por las particularidades del mismo, o la participación de varias personas en su ejecución o preparación, no es fácil determinar la delgada línea que separa la intención o el dolo, de la negligencia. Lo anterior también nos conduce a indicar, que incluso llegan a equipararse las sanciones del autor, el cómplice o el encubridor, en los delitos económicos³¹, flexibilizando totalmente la diferenciación que sobre estos partícipes de la infracción penal, hace nuestro Código Penal.

2.1.3.- Teoría del adelantamiento de la barrera de protección del Estado, para sancionar a los delitos económicos

Es el Jurista alemán Gunter Jakobs, quien mediante varios trabajos dogmáticos, incluye en la doctrina penal contemporánea varias concepciones respecto a la manera que debe actuar el Derecho, para contrarrestar el avance del crimen en delitos como el terrorismo, el narcotráfico, la criminalidad organizada, o en los delitos económicos. El mencionado Jurista, en el Congreso de Profesores de Derecho Penal de 1999 en Berlín, y posteriormente en el año 2003, ha radicalizado los postulados de lo que él llama el Derecho Penal del Enemigo³², este postulado ha tomado más fuerza después de los

³¹ Véase por ejemplo el artículo 14 de la Ley para reprimir el lavado de activos del Ecuador.

³² Percy García Caveró, *¿Existe y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?*, P. 926 en Canceló Meliá Manuel, coor.; *Derecho Penal del Enemigo, el discurso penal de exclusión*, Madrid, Montevideo, Edisofer.

hechos ocurridos el 11 de Septiembre de 2001 en el atentado a las Torres Gemelas, en la ciudad de Nueva York. Para Gunter Jakobs, los criminales económicos, terroristas, delincuentes organizados, y otros autores de infracciones peligrosas, “se convierten en un enemigo que se aparta de modo permanente del Derecho y no ofrece las garantías cognitivas de que va a continuar siendo fiel a la norma”³³, de tal manera que el enemigo *no es persona*, por lo que no se justifica un procedimiento penal (legal), sino un procedimiento de guerra³⁴. Según esta visión, entonces, a aquellos delincuentes que son considerados como no personas, el aparataje estatal no estaría obligado a observar los procesos y garantías que si se deben tener en cuenta, para juzgar a los ciudadanos, vale decir, existiría un Derecho para los ciudadanos (personas) y otro Derecho para los enemigos de la sociedad (no personas).

A partir de estos enunciados, surgen tres rasgos fundamentales en la Teoría del Derecho penal del enemigo, que según el tratadista Percy García Caveró³⁵, el propio Jakobs señala, “el amplio adelantamiento de la punibilidad con penas que no se reducen proporcionalmente con dicho adelantamiento, el incremento notable de las penas y la relajación o supresión de ciertas garantías individuales de orden procesal”. El autor Luis Flavio Gomes, detalla varias características adicionales, inherentes al adelantamiento de la barrera de protección del Estado, a fin de utilizar al Derecho penal del enemigo, para neutralizar e este tipo de delincuentes, y señala entre otras: la flexibilización del principio de legalidad, la inobservancia de principios básicos (elementos constitutivos según la teoría clásica del delito), aumento desproporcionado de las penas, creación de delitos sin bienes jurídicos definidos, anticipación exagerada

³³ Luis Flavio Gomes, *Derecho Penal del enemigo y los enemigos del derecho penal*, P. 962 en Canceló Meliá Manuel, coord.; *Derecho Penal del Enemigo, el discurso penal de exclusión*, Madrid, Montevideo, Edisofer.

³⁴ *Ibidem*

³⁵ (Percy García Caveró, *¿Existe y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?*, P. 930)

de la tutela penal, limitación de derechos y garantías procesales fundamentales, utilización exagerada de agentes infiltrados, premios a los delatores, y el abuso de medidas preventivas³⁶.

Esta breve descripción del denominado Derecho penal del enemigo, nos servirá para tratar de configurar la conducta delictiva de la clonación de tarjetas de crédito, entendiéndola como un delito económico. Si bien es cierto, que los postulados de Jakobs, son bastante polémicos, porque cuesta entenderlos dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, sin embargo, como veremos más adelante, algunas de nuestras normas punitivas, cuentan con no pocos elementos de esta Teoría, por lo que se hizo necesario referirnos a esta nueva concepción sancionadora de los delitos económicos, que en definitiva, busca resguardar a la sociedad de esta criminalidad que puede o de hecho pone en peligro, lo que habíamos ya señalado como bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

2.2.- ¿Qué es la clonación de Tarjetas de Crédito?

Previo a describir lo que es el delito de clonación de Tarjetas de Crédito, se cree conveniente enumerar a otros tipos de defraudaciones que utilizan este medio de pago³⁷, así, en la página Web de la Superintendencia de Bancos y Seguros, encontramos a varios delitos, que el Organismo de Control ha dado por llamar *informáticos*, y cuyos nombres identificativos, sugieren que provienen de países extranjeros, particularmente de habla inglesa. Se describe al *Phishing*, como aquella modalidad delictiva, en la que se hace creer al usuario del producto financiero (cuentas, tarjetas de crédito o débito) de que es necesario el ingreso de sus datos y claves a través de páginas electrónicas falsas o

³⁶(Luis Flavio Gomes, Derecho Penal del enemigo y los enemigos del derecho penal, P. 967)

³⁷ http://www.sbs.gob.ec/practg/sbs_index?vp_art_id=531&vp_tip=2

que suplantando a las verdaderas de la entidad financiera de la cual el usuario es cliente. El *Pharming*, en cambio, es cuando el delincuente, re direcciona al usuarios a otra dirección similar a la de la entidad financiera para la obtención de información de éste. El llamado *Malware*, es la introducción de los conocidos como virus informáticos, para que éstos capten y graben las teclas que el usuario digita al ingresar su clave en una página electrónica. Posteriormente encontramos a la *estafa piramidal*, ilícito que consiste en utilizar especialmente redes sociales, para que el usuario financiero entregue sus datos y claves, o incluso sumas de dinero, a cambio de una supuesta ganancia extraordinaria. Finalmente llegamos al delito denominado *Skimming*, que traducido a nuestro idioma, es lo que conocemos como clonación de tarjetas de crédito.

En la clonación de tarjetas de crédito o Skimming, el delincuente, utilizando un aparato conocido como Skimmer u otro dispositivo similar, captura la información que se encuentra grabada en una tarjeta de crédito o débito, para posteriormente pasarla a la banda magnética de otro *plástico*, o tarjeta, a fin de utilizarla de forma fraudulenta, procurándose bienes y/o servicios, cuyo importe serán cargados a la tarjeta original cuya información fue *copiada*. Clasificación de infracciones de carácter informático, que como se mencionó, constan en la página Web de la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador.

2.2.1.- Elementos constitutivos y característicos de este delito

Según información publicada en los medios de comunicación³⁸, la Fiscalía General del Estado del Ecuador ha indicado que en el primer semestre del año 2011, las denuncias por este tipo de delitos llegan aproximadamente a las 1400, y la cantidad de

³⁸ Nota del *Diario el Comercio*, publicada el 12 de Octubre de 2011; el 17 de Octubre de 2011 se encuentra publicada una información similar en el periódico digital *Ecuador Inmediato*.

dinero catalogada como pérdida estimada en este mismo período, sobrepasa el millón de dólares americanos. A pesar de que no se tienen datos exactos sobre el perjuicio económico que estas infracciones han causado a las entidades emisoras de tarjetas de crédito, a los usuarios, o a los establecimientos afiliados, se cree que este ilícito va en aumento, y su crecimiento es significativo en los últimos años. Al describir el *modus operandi*, de la clonación de tarjetas de crédito, diremos que este ilícito es perpetrado por varias personas, constituyéndose en *delincuencia organizada*, ya que cada persona que forma parte de la banda tiene asignada sus funciones específicas dentro de la misma. Podemos señalar que quienes están a la cabeza de la banda, son los encargados de dirigir, maquinar, reclutar a los demás miembros, y son los que normalmente tienen los medios electrónicos y tecnológicos para realizar la clonación de tarjetas.

Como se anotó anteriormente, el *Skimmer* es un aparato electrónico que lee la información de la banda magnética de la tarjeta de crédito *original* y la captura, para ser pasada a otra tarjeta, posteriormente. Este aparato suele ser pequeño, del tamaño de un celular mediano, aunque se conoce de dispositivos que son de aspecto muy similar a una *Flash Memory*. Una vez que el *Skimmer* tiene la información de la tarjeta de crédito, esta es bajada a un computador que tiene programas decodificadores, el cual a su vez pasa la información de la tarjeta original a la banda magnética de otra tarjeta, que previamente puede ser el plástico de una tarjeta extraviada, olvidada, de cualquier entidad comercial, lo necesario es que posea una banda magnética. Se conoce también de bandas organizadas³⁹ que han adquirido impresoras que tiene la capacidad de termografiar tarjetas con banda magnética, de tal manera, que es posible elaborar tarjetas falsificadas, con características parecidas a las que emiten las entidades financieras.

³⁹ Ver anexo 1

Una vez que se tiene la *tarjeta clonada*, lo que suele suceder, es que también se falsifican documentos de identificación, cédulas, pasaportes o licencias, para que la persona de la banda que va a realizar las compras fraudulentas, pueda presentarlas en los locales comerciales junto con la tarjeta clonada. Posteriormente los bienes adquiridos mediante este fraude, son vendidos o utilizados por los propios defraudadores en su provecho. Finalmente, cabe mencionar la manera en que inicia todo el proceso de clonación de tarjetas de crédito; es decir cómo llega la información de la tarjeta original, al dispositivo de captura, y esto es porque los empleados (dependientes) de los locales comerciales, principalmente bares, restaurantes y gasolineras, convencidos por los miembros de las bandas de clonadores, a cambio de una recompensa, se prestan para que al momento de la realización del pago del usuario de la Tarjeta de Crédito, también deslizar la tarjeta en el denominado Skimmer.

Básicamente, se ha enunciado la forma en la que operan los defraudadores para cometer el ilícito de la clonación de tarjetas de crédito, de tal forma, que como se ha visto, es toda una red la que actúa en la operatividad de esta infracción, no obstante, se debe señalar que en muchas ocasiones, las cabecillas de los grupos delincuenciales, son extranjeros, por lo que se ha conocido casos en los que las compras fraudulentas de bienes con *tarjetas clonadas*, es realizada en países diferentes a los en que se emitió la tarjetas, así como también es frecuente ver que operan en el Ecuador *tarjetas clonadas*, cuyos emisores son de países diferentes al nuestro.

Punto importante a tocar, es el referente a observar la conducta de los miembros de la banda, cuando realizan la adquisición de bienes con la tarjeta clonada, ya que suelen ir entre dos o más personas, pues mientras uno compra y trata directamente con el vendedor del comercio, los otros lo distraen, o están pendientes de *avisar*, si algo no

sale como lo planearon, por ejemplo que el dependiente sospeche, o que los guardias de seguridad los identifiquen.

Huelga decir que los delincuentes especializados y dedicados a este ilícito lo hacen con plena voluntad y conciencia, pues cada vez es mayor la experticia que logran para convencer a los dependientes de los comercios de *clonar* las tarjetas originales, o de actuar fingiendo ser los dueños de la tarjeta, o de adquirir ciertos bienes de fácil comercialización, configurándose lo estipulado en el Código Penal⁴⁰, ya que son actos conscientes y voluntarios, los conducentes a preparar y cometer el delito, y de la misma manera vale la pena también expresar, que de acuerdo al artículo 30 del citado cuerpo legal, en su numeral 4, esta infracción es ejecutada en pandilla, lo cual es una circunstancia agravante.

2.2.2.- Análisis del delincuente tipo que comete este ilícito.

Se mencionó en páginas anteriores que existe la creencia de que las personas de estrato social alto estarían de alguna manera encasilladas, como aquellas que son proclives a cometer delitos económicos, aunque como se indicó, en la realidad, este tipo de infracciones puede ser cometida por cualquier persona. En el caso de la clonación de Tarjetas de Crédito, es menester precisar, que las personas que se involucran en una banda dedicada a clonar tarjetas, generalmente es al menos perteneciente a un estrato social medio bajo, puesto que se requiere tener acceso y conocer sobre técnicas y elementos tecnológicos que normalmente no están al alcance de cualquier individuo. Resulta interesante también señalar, que la presencia física (apariencia) de los miembros de esta delincuencia organizada, que actúan como *dueños de las tarjetas*, debe ser

⁴⁰ Art. 33 del Código Penal

acorde con el papel que quieren suplantar, es decir, si van a realizar compras por valores altos, deben dar la impresión de que es gente que puede hacerlo, por ello los cabecillas de las bandas, suelen reclutar a jóvenes bien parecidos, que visten bien, de buenos modales, para así no levantar sospechas.

Los miembros pertenecientes a una banda de clonadores de tarjetas, no suelen ser delincuentes de alta peligrosidad en el sentido de agresividad, es decir, no portan armas, no se enfrentan a la policía si son descubiertos, y no suelen hacer uso de la fuerza física para obtener lo que persiguen, pues como se dijo antes, una de las características esenciales de los delitos económicos es la no utilización de la violencia contra las personas. Esto puede reforzar la presunción de que el tipo de delincuente que actúa en estos delitos, no pertenece a un estrato social bajo, cuyas conductas, por su propia situación de marginación y exclusión suelen ser más bien violentas y temerarias.

No se pretende adentrar en el campo de la psicología, o comprender los motivos que hagan que individuos que cuentan con oportunidades de educación y de empleo desvíen su actuar y comportamiento para formar parte de organizaciones delincuenciales, de las cuales no es fácil salir; sin embargo podemos dejar enunciado, que la inmadurez emocional de estas personas, o su afán por obtener dinero y bienes de manera sencilla y sin esfuerzo, pueden ser algunas de las causas por las que sin medir riesgos y consecuencias, se pasa a formar parte de la delincuencia económica. No podemos dejar de lado, a aquellos individuos que forman parte del primer eslabón en la cadena de actos ilegales que conforman el mencionado ilícito, son aquellos que se encuentran en la base de la pirámide de las bandas dedicadas a la clonación de tarjetas, nos referimos a los empleados que trabajan lícitamente como dependientes de los comercios, y son quienes se prestan para *copiar* la información de las tarjetas originales que llegan a sus manos. Estas personas también se convierten en delincuentes

económicos, pues forman parte de la delincuencia organizada que perpetra estas infracciones, y por una recompensa monetaria mínima ponen en peligro su futuro.

2.2.3.- Legislación ecuatoriana que enmarca y sanciona esta conducta

Se debe iniciar en primer lugar, indicando que en nuestra legislación actual, no existe una norma cuya tipificación sancione el ilícito de clonar tarjetas, lo que encontramos son varios preceptos que de una u otra forma sirven para que los Fiscales, los Jueces de Garantías Penales y los Tribunales Penales sustenten sus acusaciones en el un caso y sus dictámenes en el otro, para no dejar o tratar de no dejar en la impunidad los procesos a cuyos imputados se les ha comprobado la intervención y participación en el ilícito en mención. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 308 establece que las actividades financieras son un servicio de orden público, y el artículo 309 de la Carta Magna indica en la parte pertinente, que cada uno de los sectores del sistema financiero nacional contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez, de tal manera que como se puede observar, el sistema financiero, tanto público como privado, halla en la Constitución, el primer referente legal y jurídico al cual atenerse.

Dado el carácter de infracción penal que representa la conducta ilegal descrita en el presente trabajo, encontramos varias normas en el Código Penal, que pueden tipificar, algunas de las acciones que se realizan como parte de la *clonación de tarjetas de crédito*, así encontramos el artículo 202.1 que expresa:

“El que empleando cualquier medio electrónico, informático o afín, violentare claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, o simplemente vulnerar la seguridad, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”

El citado artículo describe en parte la acción realizada por el infractor en la clonación de tarjetas, puesto que utiliza el dispositivo Skimmer (medio electrónico), para acceder a información protegida (banda magnética de la tarjeta), vulnerando la seguridad de la tarjeta.

Por su parte, el artículo 340 del mismo cuerpo legal señala:

“El que, por cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente⁴¹, cometiere falsedad en instrumentos privados, a excepción de los cheques, será reprimido con dos a cinco años de prisión”

De la misma manera, el artículo 341 del citado Código Penal, añade que la persona que haga dolosamente uso de los documentos falsos, será reprimido como autor de la falsedad. Al no estar tipificada claramente la expresión Tarjeta de Crédito, y en vista de que no se singulariza expresamente a este instrumento comercial y financiero como el medio de pago utilizado comercialmente, se debe recurrir a estos artículos para encontrar la sanción, cuando la Tarjeta de Crédito es falsificada. Al tratar sobre la falsificación de documentos, el Jurista argentino Edgardo A. Donna, de manera similar

⁴¹ El artículo 340 del Cód. Penal, hace referencia al artículo 339, que enumera las conductas que han de ser consideradas para sancionar al que falsifique un instrumento público: por firmas falsas, por imitación o alteración de letras o firmas, por haber inventado convenciones, disposiciones, obligaciones o descargas, o por haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos, o por adición o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar.

a la concepción de delitos económicos del profesor Jakobs, nos explica que hay un carácter *pluriofensivo* en estas infracciones, ya que se están atacando intereses generales, y que el tráfico jurídico de los documentos debe estar garantizado, asignándoles a los documentos tres funciones básicas: la de garantía, que supone la reconocibilidad en el documento en cuanto a lo que éste contiene, la de que permite una fijación como soporte perdurable en el tiempo de su contenido, y la probatoria, en el sentido de que el documento está determinado y es idóneo como medio de prueba⁴².

El artículo 353.1, en esta misma línea, al describir la falsificación electrónica, indica:

“Son reos de falsificación electrónica la persona o personas que con el ánimo de lucro o bien para causar un perjuicio a un tercero, utilizando cualquier medio, alteren o modifiquen mensajes de datos, o la información incluida en éstos, que se encuentre contenida en cualquier soporte material, sistema, sistema de información telemático, ya sea:

1. Alternado un mensaje de datos en alguno de sus elementos o requisitos de carácter formal o esencial;
2. Simulando un mensaje de datos en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en el acto, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.”

Este artículo señala en su inciso final, que los reos de este delito, serán sancionados de acuerdo al tipo de documento o instrumento que hayan falsificado

⁴² Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal: Parte Especial*, Buenos Aires, Ribunzal-Culzoni, P. 128

electrónicamente. En el prenombrado artículo de falsificación electrónica también encontramos varias descripciones que podrían encuadrar con el ilícito de clonar tarjetas, pues la alteración de datos, la inducción a error sobre la autenticidad, y especialmente el ánimo de lucro, son actos inherentes a la consecución del ilícito analizado.

También el artículo 553.1 y el siguiente, enfocan o concatenan la pena para la sustracción de los bienes ajenos⁴³, sin emplear violencia, pero introduciendo nuevos elementos como medios electrónicos, y otros, así:

“Art. 553.1.- Serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, los que utilizaren fraudulentamente sistemas de información o redes electrónicas, para facilitar la apropiación de un bien ajeno, o los que procuren la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona, en perjuicio de ésta o de un tercero, en beneficio suyo o de otra persona, alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos.

Art. 553.2.- La pena de prisión de prisión de uno a cinco años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el delito se hubiere cometido empleando los siguientes medios:

1. Inutilización de sistemas de alarma o guarda;
2. Descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptadas;
3. Utilización de tarjetas magnéticas o perforadas;
4. Utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia, y;
5. Violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes.”

⁴³ El art. 553 del Código Penal sanciona y equipara a robo la sustracción de cosa ajena hecha con fraude aunque no haya violencia ni amenazas contra las personas o fuerza en las cosas.

De todos modos, resulta interesante que en el mencionado artículo 553.2, ya aparezca expresamente tipificada la utilización de tarjetas magnéticas o perforadas, como constitutivo del delito, añadiendo que dicho artículo fue introducido en nuestra Legislación Penal, en el año de 2002.

Bien valdría la pena traer a colación lo establecido en el artículo 14 de la Ley para Reprimir el delito de lavado de activos, pues como se observará, en dicha disposición legal, se pueden constatar varios elementos presentes en la concepción revisada sobre el Derecho Penal del Enemigo, además de que, en dicha norma vigente, se refiere a todos los activos de origen ilícito en general, por lo cual bien se podría también sancionar, a quienes por ejemplo *vendan*, los bienes provenientes de compras fraudulentas realizadas con tarjetas clonadas. A continuación se transcribe la referida norma:

“Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta:

- a) Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito;
- b) Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito;
- c) Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta Ley;
- d) Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley;
- e) Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; y,

f) Ingreso y egreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país.

Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de otros delitos cometidos dentro o fuera del país. Esto no exime a la Fiscalía General del Estado de su obligación de demostrar fehacientemente el origen ilícito de los activos supuestamente lavados.

Todas las normas citadas, tienen en mayor o en menor medida alguna descripción que puede ser utilizada para sancionar el delito de clonación de tarjetas de crédito, pero no existe una que describa específicamente los tipos y supuestos que caracterizan a este delito; además es conveniente precisar que por existir varias conductas o varios actos conducentes para la realización y consumación del ilícito en mención, nos encontramos ante la concurrencia de infracciones, que deberán ser resueltas conforme la normativa vigente⁴⁴, además de que en la perspectiva de analizar todo el acto ilícito en su conjunto, nos toparemos con la realización de varios delitos de medio (por ejemplo falsificación de cédulas de identidad), que pueden ser considerados más graves que el propio delito fin, de acuerdo a las sanciones que hemos revisado, en nuestra legislación.

2.3.- Legislación Comparada

Al realizar un trabajo de esta naturaleza, resulta siempre oportuno el comparar el tratamiento que otros países cercanos de nuestra Región, le han dado a la problemática

⁴⁴ El artículo 81 del Código Penal establece las reglas a observarse en caso de concurrencia de infracciones

jurídica que se está analizando. Por ello se ha creído conveniente revisar lo que ocurre con nuestros Estados vecinos, como Colombia y Perú, así como también dar un vistazo a lo que ocurre en Chile, país con la mayor institucionalidad de América Latina, y finalmente se ha creído conveniente citar la legislación venezolana, que en nuestra opinión, es aquella que más encuadra la conducta delictual que estamos describiendo.

2.3.1.- Legislación comparada con Colombia, Perú, Chile y Venezuela

En Colombia en el año de 2009 el Congreso de dicho país, aprobó la Ley denominada como *Ley de Delitos Informáticos*, que introdujo algunos artículos al Código Penal colombiano, en el que distinguimos el artículo 269F, que dice:

“*Violación de datos personales.* El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”

Esta Ley colombiana, identificada como Ley 1273, introdujo otros artículos, referidos a la sanción de ilícitos relacionados con el acceso no autorizado a sistemas de información, o *software*, pero no encontramos ningún direccionamiento específico a describir a la Tarjeta de Crédito como tal. Informaciones de prensa de este país⁴⁵, indican que el delito de clonación en Colombia ha aumentado en un 600% en los últimos cinco años.

⁴⁵ En la página www.eluniversal.com.co, el 4 de Julio de 2011, se publicaba una noticia que indicaba el aumento sostenido de la clonación de tarjetas de crédito en Colombia.

En Perú, si bien es cierto que en el año 2000 se introdujeron reformas en la legislación penal de esta nación, tipificando ciertas conductas delictivas relacionadas con los temas de acceso indebido a los sistemas informáticos o telemáticos⁴⁶, debido a que dichos preceptos establecen penas privativas de libertad muy débiles (máximo dos años de prisión, y con agravantes hasta tres años), y que su redacción, a criterio personal no describe en forma amplia una conducta que pueda ser asimilada a una clonación de tarjeta de crédito, encontramos en el artículo 186 del Código sustantivo Penal peruano, la sanción que se encuadraría más, en el ilícito que analizamos, así dicho artículo establece:

“Hurto agravado;

El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

1. En casa habitada.
2. Durante la noche.
3. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
4. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
5. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje de viajero.
6. Mediante el concurso de dos o más personas.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
2. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

⁴⁶ Artículos 207-A, 207-B, 207-C, del Código Penal de la República del Perú.

3. Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas.
4. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
5. Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos.

Observamos que las características que encerraría, los supuestos necesarios para configurarse el delito de clonación de tarjetas están materializadas en el hurto cometido mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de telemática, o violando claves secretas; y aquella que se refiere al agente que actúa como integrante de una organización destinada a perpetrar estos ilícitos, que como se había visto anteriormente, es la manera en que se comete esta infracción económica.

Al hablar de la legislación chilena, encontramos que la descripción de realizar ilícitos con tarjetas de crédito, está expresa y específicamente determinada como conducta ilegal, penada con una sanción. La ley 20009 aprobada en el año 2005, limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas, y específicamente, dicha normativa establece en su artículo quinto, lo siguiente:

“Las siguientes conductas constituyen delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito débito:

- a) Falsificar tarjetas de crédito o débito.

- b) Usar, vender, exportar o importar o distribuir tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas.
- c) Negociar, en cualquier forma, con los datos o el número de tarjeta de crédito o débito falsificadas o sustraídas.
- d) Usar, vender, exportar, importar o distribuir los datos o el número de una tarjeta de crédito o débito, haciendo posible que terceros realicen operaciones de compra o de acceso al crédito o al débito que corresponden exclusivamente al titular.
- e) Negociar, en cualquier forma, con los datos o el número de la tarjeta de crédito o débito, para las operaciones señaladas en la letra anterior.
- f) Usar maliciosamente una tarjeta bloqueada, en cualquiera de las formas señaladas en las letras precedentes.

La pena de este delito será de presidio menor en cualquiera de sus grados⁴⁷. Esta pena se aplicará en su grado máximo, si la acción realizada produce perjuicio a terceros.

En el artículo precedente, inmerso en la legislación chilena, se pueden apreciar varias conductas que inequívocamente son descriptivas del delito de clonación de tarjetas, así tenemos, el uso, venta y distribución de los datos de tarjetas de crédito, así como la falsificación de las mismas, No obstante posiblemente no esté tipificada y singularizada la expresión *clonación de tarjetas de crédito*, todos los tipos descriptores de esta norma punitiva, si encajan en muchas de las acciones que se deben realizar, con el fin de cometer este ilícito.

En la República Bolivariana de Venezuela, encontramos que en el año 2001, fue promulgada la Ley Especial contra Delitos Informáticos, ofreciendo legislación sobre los delitos contra las tecnologías de la información, o haciendo mal uso de éstas,

⁴⁷ El Código Penal Chileno señala que la pena privativa de libertad para el presidio menor en su grado máximo es de tres a cinco años.

concretamente, el delito de *clonación de tarjetas* en el Estado venezolano, está tipificado hace más de 10 años, en la Ley Especial antes mencionada, cuyo texto dice, en el artículo 16:

“Manejo fraudulento de tarjetas inteligentes o instrumentos análogos. Toda persona que por cualquier medio cree, capture, grabe, copie, altere, duplique o elimine la data o información contenidas en una tarjeta inteligente o en cualquier instrumento destinado a los mismos fines; o la persona que, mediante cualquier uso indebido de tecnologías de información, cree, capture, duplique o altere la data o información en un sistema, con el objeto de incorporar usuarios, cuentas, registros o consumos inexistentes o modifique la cuantía de éstos, será penada con prisión de cinco a diez años y multa de quinientas a mil unidades tributarias.

En la misma pena incurrirá quien, sin haber tomado parte en los hechos anteriores, adquiera, comercialice, posea, distribuya, venda o realice cualquier tipo de intermediación de tarjetas inteligentes o instrumentos destinados al mismo fin, o de la data o información contenidas en ellos o en un sistema.”

Debemos necesariamente recurrir a lo que esta Ley venezolana, dice sobre *tarjeta inteligente*, así en su artículo 2, se define como:

“Tarjeta inteligente: rótulo, cédula o carnet que se utiliza como instrumento de identificación, de acceso a un sistema, de pago o de crédito y que contiene data, información o ambas, de uso restringido sobre el usuario autorizado para portarla”

Encontramos, que en la definición descrita de *tarjeta inteligente*, cabe incluir a lo que entendemos por tarjeta de crédito, pues expresamente en dicha normativa, se señala que es un instrumento de pago o de crédito. La acción de grabar, capturar, o copiar la información contenida en una *tarjeta inteligente*, está específicamente

sancionada en la legislación venezolana, y sancionada como se ha visto, con prisión de cinco a diez años, además de la condena económica inmersa.

Es interesante transcribir, lo que indica la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas, y Demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico de Venezuela, promulgada en Septiembre del año 2008, y en cuya parte pertinente, encontramos al artículo 54, que expresa:

“Procedimiento por clonación o uso ilícito de la tarjeta

El procedimiento descrito en los artículos 49 y 53 de esta Ley, aplicará igualmente para el caso en que el o la tarjetahabiente reporte la clonación de su tarjeta o el uso ilícito de la misma, por terceras personas no autorizadas, cualquiera que fuere el medio fraudulento utilizado, en cualquier momento en que el o la tarjetahabiente conozca de la sustracción, consumo, cobro o débito indebido.”

Se observa claramente la expresión *clonación de su tarjeta*, en el citado precepto legal venezolano, encontrando que esta terminología ya está siendo aplicada en la legislación de nuestra región. Por otro lado, y de acuerdo a las normas legales venezolanas que hemos revisado, vemos que de los países de los cuales se consultó sus normas jurídicas, que pueden sancionar la conducta atípica estudiada, es en la Ley venezolana, donde claramente se ha identificado e incorporado la acción de clonar tarjetas, como tipo penal, si bien es cierto que en la legislación chilena hallamos algo semejante, nos parece que es en Venezuela donde el tema está más adelantado.

No se pretende señalar que los tipos penales ecuatorianos señalados, no permiten sancionar la conducta atípica enmarcada dentro del delito económico que hemos venido mencionando, pero conforme se ha observado, en países cercanos, concretamente Chile y especialmente Venezuela, el uso fraudulento de la tarjeta de crédito, está tipificado

con rango de Ley en estas jurisdicciones. El caso colombiano y peruano, es similar a lo que encontramos en la legislación ecuatoriana, sin embargo y como es obvio, encontramos para cada legislación particularidades propias, determinando que es la legislación peruana aquella que está a la zaga, en materia describir nuevos delitos, como el de clonación de tarjetas de crédito, pues se tiene que recurrir, a tipos penales como el hurto agravado, que resultan insuficientes al momento de adaptar la conducta delictual con las nuevas tecnologías.

Finalmente, al cerrar este capítulo, podemos establecer que el hecho de comparar legislaciones cercanas a nuestra realidad, resulta enriquecedor para tratar de ahondar en la búsqueda de respuestas y sirve también como insumo necesario para arribar a las necesarias conclusiones que se plantearon como objetivos en el presente trabajo.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA, CONCLUSIONES

3.1.- Análisis de Casos Actuales de Clonación de Tarjetas

Recientemente se ha publicado una nota de prensa⁴⁸, en la que el Director de Prevención y Seguridad Corporativa del Banco Santander de México hacía mención sobre la seriedad de la afectación que al patrimonio de los Bancos está produciendo el fraude con Tarjetas de Crédito, de tal manera que vemos como puede llegar a ser preocupante el ilícito que se está analizando, en donde en otros países de la Región está tomando cifras alarmantes. En los últimos cuatro años hemos registrado algunos casos judicializados en los que las autoridades ecuatorianas se han encontrado con varios hechos delincuenciales, que tienen como eje central delincencial a la clonación de tarjetas de crédito, incluso dos de ellos fueron noticia en varios medios televisivos y escritos. Estos cuatro casos, corresponden a los registrados en la ciudad de Quito, pero se debe anotar que también han existido más casos relacionados con este ilícito, en ciudades como Manta y Guayaquil, que también fueron registrados por los medios de prensa de aquellas ciudades.

1) Ahora bien, vamos a referirnos al primero de los casos nombrados, se trata de un hecho acaecido El 19 de Febrero de 2010, y que está signado con la Causa 2010-0237, que es tramitada por el Juzgado Décimo Tercero de Garantías Penales. En la fecha señalada, la Policía detuvo a un ciudadano en las inmediaciones de un Centro Comercial del Norte de Quito en delito flagrante, pues esta persona tenía entre sus pertenencias varios vouchers, así como Tarjetas de Crédito, entre las que se encontraba,

⁴⁸ En reportaje del *Diario El Comercio* en la edición publicada el 02 de Marzo de 2012, dicha autoridad bancaria indicó que los fraudes con Tarjetas de Crédito en México, pueden alcanzar hasta el 30% de las pérdidas anuales de la entidad bancaria.

una Tarjeta a nombre del señor L.J.P., quien al ser contactado por la entidad emisora de la tarjeta de crédito, negó haber estado realizando compras en ese momento en el Centro Comercial, y además indicó que tenía la Tarjeta de Crédito en su poder. Dicho ciudadano afectado, se acercó a poner la denuncia respectiva, y en la Audiencia de Flagrancia, el Juez que conoció del caso, en base al parte policial, a las pruebas encontradas en el momento de la detención y a la denuncia presentada por la persona cuya tarjeta *clonada*, se estaba utilizando, ordena la prisión preventiva del detenido, así como el Fiscal decide la apertura de la instrucción fiscal. Posteriormente, el Fiscal que lleva el caso, realiza la vinculación de dos personas más, puesto que de las investigaciones realizadas por la Fiscalía, uno de los vinculados con la instrucción era aparentemente el abastecedor de las tarjetas clonadas y el otro era el que realizaba *las compras*. Cabe señalar también, que una de las entidades emisoras que se vio afectada, pues entre las *tarjetas clonadas*, que se encontraron en poder del detenido, estaban unas emitidas por esta entidad, presentó acusación particular en contra de los tres imputados en este ilícito.

El Juez Décimo Tercero de Garantías Penales, el 15 de Julio de 2010, una vez concluida la instrucción fiscal, en base al dictamen acusatorio del Fiscal, en base a que la existencia del delito está justificada y que sobre la participación de los procesados existen presunciones graves, dicta el Auto de llamamiento a Juicio en contra de los tres imputados, debiendo acotar que el que fuera detenido en delito flagrante se hallaba con medidas cautelares y ya no guardaba prisión, y los otros dos vinculados estaban prófugos. El Juez, en su Providencia indica que los involucrados se presumen autores de los delitos tipificados en los artículos 340 y 341 del Código Penal, esto es, falsificación de documentos privados, y uso doloso de documento falso. El hecho delictivo

anteriormente descrito fue recogido por varios medios impresos y digitales de la ciudad de Quito⁴⁹.

2) Otro de los procesos relacionados con la temática estudiada, es aquel individualizado con la causa No. 2010-0509, tramitada en el Juzgado Décimo de Garantías Penales, y en la que el día 04 de Mayo de 2010, la Policía Judicial aprehendió a un ciudadano sobre el cual se estaban llevando investigaciones por el presunto cometimiento de un delito, en circunstancias que en el día y hora indicados, este ciudadano se encontraba en las inmediaciones de una Gasolinera del centro de la ciudad de Quito, y al momento de realizarle un control, en el interior de su automóvil se encontró una serie de documentación poco común, como varias tarjetas de crédito presumiblemente *clonadas*, anotaciones en un papel, con lo que aparentemente serían claves de seguridad y números de tarjetas de crédito, así como dinero en efectivo. Además el coche en el que se movilizaba tenía placas extranjeras y no tenía la documentación en regla, por lo que el sospechoso fue detenido y su auto conducido a los patios de la Policía Judicial. En la Audiencia de Flagrancia el Juez que conoció sobre la aprehensión, no ordenó la prisión preventiva del procesado, pues la sustituyó por otras medidas cautelares, no obstante, el Fiscal si da inicio a la instrucción fiscal.

El 15 de Junio de 2011, el Juez Décimo de Garantías Penales, dictó Auto de llamamiento a Juicio en contra del procesado, pues aceptó el dictamen acusatorio del Fiscal, además de valorar las evidencias encontradas en el momento de la aprehensión, entra las cuales se hallaban varias tarjetas de créditos de distintas entidades emisoras, algunas de las cuales dichas entidades habían señalado como *clonadas*, varias anotaciones con esferográfico de claves, números de tarjetas, claves y nombres de personas, que resultaron ser perjudicadas con consumos no reconocidos, en sus

⁴⁹ Encontramos que este hecho fue noticia en el diario *Hoy* en su edición del 01 de Marzo de 2010, por el diario *La Hora* en su edición del 23 de Febrero de 2010, y por el periódico *El Popular* en su edición del 23 de Febrero de 2010.

respectivas tarjetas originales, además de las declaraciones testimoniales de estas personas perjudicadas, y de una licencia de conducción colombiana con evidentes alteraciones en el nombre y otros datos. Según consta en el proceso, el imputado en su defensa atinó a decir que todas las evidencias que se le encontraron, habían sido recogidas en una terminal, en una funda plástica, que el habría guardado, sin saber lo que contenía adentro. El Juez del mencionado Tribunal de Garantías Penales, establece una presunta autoría del imputado como autor de los delitos tipificados y sancionados por el Código Penal, en sus artículos 339, 340 y 341, es decir, uso doloso de documento falso, falsificación de instrumentos públicos y privados.

3) En el Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales se tramitó la Causa No. 2010-0765, en la que el Fiscal que conoció del caso, resolvió emitir dictamen acusatorio en contra de dos procesados, un hombre y una mujer, quienes el 10 de Julio de 2010 en una cadena comercial intentaron pagar con una tarjeta aparentemente *clonada*, percatándose el cajero que les atendió de esta anomalía, dio aviso a los supervisores de la cadena comercial, quienes detuvieron momentáneamente a los sospechosos hasta que la Policía Judicial llegue al sitio. En el tiempo transcurrido hasta que los agentes lleguen, los sospechosos hicieron desaparecer la tarjeta, sin embargo, al ser requisados se encontró en poder del detenido una cédula con evidencia de haber sido falsificada. La cadena comercial, llamó a la entidad emisora de la tarjeta con la que se estaban realizando las compras fraudulentas, y ésta a su vez contactó al dueño la tarjeta, quien indicó tener la tarjeta en su poder y además no reconocer las compras de ese día. El ciudadano afectado por estas compras, concurrió a presentar su denuncia por suplantación de identidad, puesto que la cédula encontrada en poder del sospechoso tenía sus datos de filiación, pero no su fotografía sino la del procesado.

La entidad emisora de la tarjeta de crédito *clonada*, también presentó la correspondiente acusación particular en contra de los imputados, quienes en su defensa alegaron que fue un tercero quien habría efectuado las compras y se dio a la fuga posteriormente, versión que fue desmentida por el cajero de la cadena comercial y por los supervisores de dicho establecimiento. El Juez Décimo Quinto de Garantías Penales, acogiendo el dictamen fiscal, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados, sustentando su resolución en la presunción de la autoría de los mencionados en el delito de utilización de documento falso, artículo 341 del Código Penal, de la falsificación de instrumentos públicos, artículo 339. Cabe señalar que a la imputada en este caso, se le sustituyó en la Audiencia de Flagrancia la prisión preventiva por otras medidas cautelares a la implicada, y el otro infractor, posteriormente se le concedió la libertad, para que se presente cada cierto tiempo ante el Juez de la Causa.

4) El último caso en ser considerado en este trabajo, es quizá el que tuvo mayor cobertura de los medios informativos, pues en la prensa escrita y televisada⁵⁰ ocupó espacio esta noticia, en la que se hacía conocer a la comunidad, la detención de un hombre y una mujer, a quienes se les había encontrado además en su domicilio, un verdadero laboratorio donde se emitían y procesaban tarjetas clonadas y falsificadas. Es así que el 12 de Mayo de 2010 la Policía, luego de aproximadamente tres meses de seguimiento e investigaciones, tiene conocimiento de que en la ciudad de Quito estaría operando una banda dedicada a la clonación y falsificación de Tarjetas de Crédito, por lo que allana dos domicilios ubicados en el Sector del Inca, en los cuales encuentra varias evidencias y máquinas que servirían para la perpetración de este ilícito, tarjetas en blanco con bandas magnéticas, y cédulas aparentemente falsificadas, así como también se logra detener a dos personas que estarían involucradas. La pareja es

⁵⁰ El caso en referencia fue objeto de publicaciones en los diarios *El Universo*, *El Comercio*, *Últimas Noticias*, así como de cobertura televisiva de las estaciones *Teleamazonas*, *Gama TV*, *TC Televisión*, *RTU*.

conducida por los agentes a la Audiencia de Flagrancia, en donde el Juez ordena la prisión preventiva de los implicados, y así mismo, el Fiscal resuelve dar inicio a la instrucción fiscal.

El 21 de enero de 2011 el Juez Noveno de Garantías Penales de Pichincha, en base al dictamen acusatorio del Fiscal, y a las evidencias encontradas, dicta auto de llamamiento a Juicio en contra de los procesados, por el presunto cometimiento de los ilícitos tipificados en los artículos 339, y 341 del Código Penal, vale decir, falsificación de instrumentos públicos y uso doloso de documentos falsos. Cabe mencionar, que en este caso se presentó acusación particular, por parte de una de las instituciones de crédito afectadas. Dentro de la investigación del caso, se llegó a determinar la participación delincuencia de dos personas más, por lo que se las vinculó con la instrucción, así mismo se debe señalar que a todos los procesados se les concedieron medidas sustitutivas a la prisión preventiva, aunque uno de los implicados, tenía varios antecedentes en los cuales presuntamente había participado, si bien es cierto no existe una condena firme en su contra, registra un largo historial de instrucciones penales en su contra, pero como se anotó, se le permitió optar por medidas cautelares que evitaron que guarde prisión. Un tema interesante a destacar, es que el Fiscal, también señaló en su instrucción fiscal, que los imputados habían cometido una serie de delitos, y se hallaban en el presupuesto de la concurrencia de los mismos, entre los cuales se incluían a los tipificados en el artículo 353.1 del Código Penal (falsificación electrónica) y el 553.1 (apropiación indebida), aunque de acuerdo a los preceptos del Código de Procedimiento Penal se los acusó por los delitos más graves.

3.1.1.- Estado Jurídico de los Casos

El primero de los casos revisados, que correspondiera a la Causa No. 2010-0237, que y que es tramitada por el Juzgado Décimo Tercero de Garantías Penales, ha tenido el siguiente desenlace, el 09 de Julio de 2010, el aprehendido en delito flagrante, a través de su abogado defensor solicitó al Fiscal que acogiera el petitorio de suspensión condicional del procedimiento, pues el acusado ha aceptado su participación en el ilícito y puede acogerse a dicha suspensión⁵¹, por lo que mediante la audiencia respectiva, el Juez dictamina la suspensión provisional del proceso a favor del imputado, para posteriormente el diez de febrero de 2011, declarar *extinguida la acción penal*, en contra del sujeto que fuera detenido en delito flagrante, de acuerdo a lo estipulado en el segundo artículo innumerado del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

Dentro de este mismo caso, el 29 de noviembre de 2011, es detenido uno de los dos implicados a los cuales se vinculó en este proceso, y sobre los cuales pesaba la orden prisión, proveniente del auto a llamamiento a juicio dictado por el Juez. El 7 de diciembre de 2011, se realiza la Audiencia solicitada por este detenido, en el cual alega que por el principio de igualdad, también se le conceda a él la suspensión condicional del procedimiento, lo cual es aceptado por el Fiscal, por lo que el Juez que conoce de la causa, hace efectiva esta petición y también es concedida dicha suspensión del procedimiento a favor de otro de los implicados en el ilícito. El último de los imputados está prófugo, pesando actualmente sobre él la orden de prisión referida anteriormente.

Con respecto al segundo caso revisado, que fue tramitado por el Juzgado de Garantía Penales respectivo, y que fue señalado con el No. 2010-0509, le correspondió por sorteo, resolver al Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, y se le asignó el No. de

⁵¹ Artículo 37 del Código de Procedimiento Penal

Causa 2011-0079, llevándose a cabo la Audiencia de Juzgamiento en Febrero del año 2012, misma que una vez concluida, es resuelta mediante la sentencia emitida por el Tribunal Penal, que en esta Primera Instancia, dictamina la culpabilidad del acusado, como autor de los delitos tipificados en los artículos 339,340,341 y 353.1 del Código Penal, condenándolo a tres años de prisión menor ordinaria.

Al referirnos al tercero de los casos, el No. 2010-0509, tramitado en el Juzgado Décimo de Garantías Penales, mediante sorteo fue asignado al Tribunal Noveno de lo Penal de Pichincha, mediante la Causa No. 2010-0149, sobre la cual se efectuó la Audiencia de Juzgamiento en el mes de Noviembre de 2010, en la que se estableció la culpabilidad de los procesados; uno de ellos como autor del delito tipificado en el artículo 339 del Código Penal, y la otra como cómplice del mismo delito. Al primero se le condenó a dos años de prisión, mientras que a la segunda a 1 año de prisión. Los condenados apelaron a la sentencia, y el Tribunal Noveno de lo Penal, acepta el recurso por haberse interpuesto dentro del término legal. El Tribunal de Segunda Instancia, es la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito, de la Corte Provincial de Pichincha, quienes son competentes para conocer y resolver el recurso presentado. Esta vez dicha causa es señalada con el No. 2011-0300. El 28 de Septiembre de 2011 es señalada la Audiencia Oral, Pública y Contradictoria, para que las partes realicen sus alegaciones. Luego de concluida la Audiencia, el Tribunal de Apelación, ratifica el fallo de Primera Instancia, lo cual es notificado a las partes. Los condenados interponen esta vez el Recurso de Casación, mismo que es aceptado a trámite por el Tribunal Provincial, por lo tanto actualmente el recurso de apelación está siendo conocido por la Corte Nacional de Justicia.

Con respecto al cuarto caso, Causa No. 2010-0547 que fuera conocido por el Juzgado Noveno de Garantías Penales, se debe indicar, que han transcurrido nueve

convocatorias para que se realice la Audiencia de Juzgamiento, siendo la última convocatoria fallida, este 05 de marzo de 2012. Todas las Audiencias han sido suspendidas por diversos motivos, no comparecencia de testigos, no comparecencia de uno o varios acusados, incluso en una de ellas, el motivo fue la no conformación del Tribunal Penal, por ausencia de uno de los Jueces. Hasta el momento no se ha fijado nueva fecha hora para la instalación de la Audiencia.

3.1.2.- Principales observaciones de los casos, descripción y análisis de la actuación de Policía Judicial, Fiscales y Jueces

Lo que resalta en primer lugar, al observar los casos enumerados, es la coincidencia en todos ellos de dos elementos: a) que en todos estos procesos los imputados fueron acusados en el auto de llamamiento a Juicio, por el delito de uso doloso de documento falso, y también por la falsificación de documentos, en unos casos se hace referencia a la falsificación de documento público y otros casos a la falsificación de documento privado, y b) en todos los casos, cabe señalar , que los acusados fueron encontrados en *delito flagrante*, y no obstante, a todos ellos se les concedió medidas alternativas o sustitutivas de la orden de prisión, incluso a uno de los imputados del caso 3 a pesar de tener varios antecedentes, también el Juez optó por concederle la sustitución de medidas cautelares, de tal manera que todos ellos están actualmente en libertad, debiendo acotar también, que tampoco existe aún un sentencia de última instancia en ninguno de los casos.

Como se ha visto es el artículo 341 de nuestro Código Penal, el que ha permitido sustanciar la acusación al Juez de Garantías Penales que ha dictado el auto de llamamiento a Juicio. El Doctor Efraín Torres Chávez, al comentar este artículo decía

“...la voluntad del falsificador, evidentemente se traduce en el uso...”⁵², y la acción de los procesados en el uso de Tarjetas de Crédito falsificadas y clonadas, fue considerado como doloso, pues se infirió existir la voluntad en utilizar el documento falso, teniendo conocimiento de que no era auténtico. Si nos detenemos a analizar el primer caso, podemos apreciar que es el único de los cuatro, en que los acusados (dos de ellos) han admitido la participación en el ilícito, y al estar acusados únicamente por la falsificación de instrumentos privados y el uso doloso de éstos, su pena era de prisión con un máximo de cinco años, lo que les permitió acogerse a la suspensión condicional del procedimiento, y por ende, como efectivamente sucedió con uno de ellos, a la extinción de la acción penal. A nuestro criterio, y no estamos analizando si las nuevas reformas introducidas en el Código de Procedimiento Penal⁵³, fueron o no convenientes para el sistema penal de nuestro país, pero en este caso particular, el abogado de los acusados utilizó estas nuevas reformas para solicitar al Fiscal que se acoja la solicitud de suspensión del procedimiento, pues se cumplían los requisitos para ello. Hemos venido sosteniendo que el delito de clonación de Tarjetas de Crédito debería ser considerado como un *delito económico*, por lo que se considera que no debería a la final quedar en prácticamente nada, la sanción de este acto delictivo, tomando en cuenta que los imputados del caso 1, al igual que todos los demás, fueron hallados en delito flagrante y con las todas las evidencias en su poder.

Por otro lado, no podemos olvidar que el Código de Procedimiento Penal, en el numeral 3.1 del artículo 21, establece que los acusados serán llamados a Juicio por el delito más grave, de allí que se pueda entender la coincidencia de que en los 4 casos que se han revisado, la falsificación documentaria y su uso doloso, sean los delitos

⁵² Torres Chávez, Efraín, *Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador, Volumen III*, Loja, Editorial UTPL, P. 79.

⁵³ Estas Reformas fueron introducidas en la Ley No. 10 de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional, publicadas en el Registro Oficial 555 de Marzo de 2009.

utilizados por los Jueces de Garantías Penales, para establecer las causas para dictar el auto de llamamiento a Juicio, además, los mencionados delitos, junto con el de falsificación de documentos públicos, son los que revisten mayor gravedad en su sanción. Hacemos referencia también a que si bien el Fiscal y el acusador particular pudieron establecer elementos constitutivos de otras infracciones, quizá más cercanas al ilícito de clonación de Tarjetas de Crédito, como la de falsificación electrónica o el de apropiación ilícita, utilizando tarjetas magnéticas o perforadas⁵⁴, incluso expresamente señalados en algunos de los casos, como se anotó con anterioridad, las disposiciones vigentes de nuestra legislación direccionan el proceso hacia el delito considerado más grave.

Es interesante también establecer, el motivo por el cual en el caso 1, no se estableció indicios suficientes de la perpetración del ilícito contenido en el artículo 339 del Código Penal, esto es la falsificación de documentos públicos, y que es sancionado con penas de seis a nueve años de reclusión. En este primer caso, en el que los acusados solicitaron y se les concedió la suspensión provisional del procedimiento, no se hallaron en las evidencias la utilización de *cédulas de ciudadanía* falsas, o adulteradas, cosa que no ocurrió en los otros casos, en los que a los detenidos se les encontró con sendos documentos de identificación falsificados, inclusive en el caso 4, se hallaron máquinas y aparatos que eran utilizados para la elaboración de cédulas falsas, pues como se señaló, los delincuentes que cometen el ilícito de clonar Tarjetas de Crédito, necesitan contar con una identificación que deben presentar al dependiente que los atiende, y que debe coincidir con los datos que constan en la Tarjeta de Crédito clonada y falsificada, para que se pueda lograr la compra ilícita del bien.

⁵⁴ Artículo 553.2 del Código Penal ecuatoriano

De esta manera nos damos cuenta que para poder acusar o adecuar la conducta del delincuente que clona Tarjetas de Crédito, a un artículo de nuestra legislación penal, debemos recurrir a la falsificación de documentos o al uso doloso de documentos falsos, puesto que los otros artículos que se observaron, aunque podrían describir mejor los elementos constitutivos del delito, como el establecido en el artículo 202.1, delitos contra la información protegida, en el artículo 353.1, falsificación electrónica, o en el artículo 553.1 apropiación indebida, a la hora de tratar de sancionar y establecer un medio de persuasión efectivo, mediante la aplicación de penas adecuadas, vemos que son insuficientes cuando se pretende sustentar un procesos penal.

Es menester traer a colación y transcribir lo que textualmente establece el Código Penal, cuando se busca sancionar la conducta antijurídica de falsificar cheques:

“Art. 326.- (Falsificación de cheques, billetes o Títulos del Estado).- Serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa de nueve a ochenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica los que imitaren o falsificaren cheques, billetes de banco, cuya emisión estuviere autorizada por la ley; títulos de deuda del fisco, de los consejos provinciales, y de los concejos municipales o de cualquier otra institución legalmente autorizada para emitirlos; títulos, cédulas o acciones al portador emitidas legalmente por los bancos o compañías autorizados para ello y los correspondientes cupones de intereses, así como los reos de fraude en la emisión de billetes y títulos o cupones de intereses a los que se refiere este artículo.”

En este artículo está claramente identificado y sancionado aquel sujeto activo del delito que imite o falsifique un cheque de banco, de forma que no se deberá buscar otro artículo en el Código Penal al cual adecuar este ilícito. Consideramos que la sanción que el legislador ha introducido en este precepto es la adecuada por el bien

jurídico que se busca proteger. De la lectura del artículo podemos indicar que no se está buscando sancionar una conducta que afecte a un bien patrimonial o individual, no se establece que el afectado es únicamente el Titular de la Cuenta Corriente, no es ese el espíritu del artículo va más allá, persigue al que *falsifique un cheque*, no se hace referencia a montos, no se distingue si es un cheque de un ente privado o público, si fue pagado o no por el girado, si se utilizó dolosamente o no. La acción o conducta ilícita sancionada es falsificar o imitar, y al cheque se lo equipara con los Títulos emitidos por el Estado, pudiendo incluso pensarse que el Estado lo que ha buscado con esta norma del Código Penal es proteger un *bien jurídico supraindividual*, que no se afecte al orden económico de la sociedad, que no se a un elemento de intercambio comercial y de pago muy utilizado, como lo es el cheque, por ello, y de acuerdo a lo revisado en la Teoría Penal, se estaría tipificando un delito de *peligro abstracto*, pues como se vio, no es necesario que se compruebe al agente que se haya causado una pérdida económica a alguien, bastará comprobar que falsificó un cheque, aunque no lo haya llegado a utilizar.

De lo analizado y observado en los 4 casos de clonación detallados, podemos inferir que de la Policía Judicial realizó un buen trabajo de seguimiento a las bandas de clonadores, incluso como se mencionó en uno de los procesos se llevó un seguimiento por tres meses, y se detuvo a los delincuentes, con las evidencias que permiten instaurar un proceso penal. Digamos que los Fiscales han llevado los casos de manera oportuna, pues por las investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía en dos de los casos se vinculó a nuevos acusados en el proceso, además en base a su dictamen los Jueces de Garantías Penales en los cuatro casos han encontrado elementos suficientes para dictar el auto de llamamiento a juicio correspondiente. El único reparo a las actuaciones de la Fiscalía que se podría hacer, es en la suspensión provisional del procedimiento a favor a de los acusados, en el primero de los casos, puesto que a nuestro criterio, y de acuerdo a

lo que se ha sostenido en el presente trabajo, el ilícito de clonación de tarjetas, debe ser considerado de acuerdo a la posibilidad de afectar al sistema económico, no solo por causar al patrimonio individual, aunque se debe recalcar, que el Código de Procedimiento Penal si permite la referida suspensión, además de que los presupuestos del caso si cumplían con los requerimientos necesarios para que este procedimiento se lleve a cabo, nuestra observación, está enfocada en que el Fiscal podría haberse negado fundamentadamente quizás, a la solicitud de los procesados.

Debemos decir así mismo, que de acuerdo a lo revisado en estos procesos, los Jueces de Garantías Penales actuaron conforme a sus criterios, y conforme a lo establecido en el actual Código de Procedimiento Penal, lo que no compartimos es la facilidad con la que se otorgan las medidas sustitutivas de la prisión preventiva, y es un mal que no solo se puede ver en estos casos, sino en todos los procesos de audiencias de flagrancia que se vienen sustanciando, en donde con el concepto de que la privación de libertad del procesado es de *ultima ratio*, son liberados peligrosos delincuentes aún con antecedentes, y que muchas veces son producto de un arduo trabajo efectuado por la Policía Judicial.

3.2.- Conclusiones

a) Se considera que el acto ilícito de clonar tarjetas es un delito económico, pues al cometerlo, no solamente se está afectando a la propiedad individual del afectado, sino que se afecta a un bien de carácter supraindividual, que va más allá de la esfera particular, se atenta contra el normal desenvolvimiento de las transacciones comerciales en la que es utilizada una tarjeta de crédito. Probablemente si se mira a la clonación de tarjetas de crédito como casos específicos, no se vislumbra el alcance que pueda tener este problema, pero podría existir un gran riesgo potencial para el propio sistema financiero, si este ilícito crece en forma desmesurada y no se lo logra controlar. Cabría imaginarse un escenario en el cual, si las personas pierden la confianza al utilizar este medio de pago, ¿qué pasaría?, ¿se volvería a utilizar únicamente papel moneda, o cheques? ¿sería suficiente el circulante disponible?; son solo dos preguntas de algunas de las interrogantes que surgen de primera mano. Plantearse ciertas consecuencias también resulta interesante, por ejemplo si los comercios o establecimientos, deciden no recibir tarjetas de crédito, en primer lugar, bajarían ostensiblemente sus ventas, y segundo, se afectaría al turismo, pues muchos extranjeros, utilizan preferentemente su tarjeta de crédito para cancelar sus consumos en una nación extranjera. Vemos que más allá de tratar de realizar predicciones sobre las consecuencias que puede traer consigo, el que la clonación de tarjetas sea un hecho que tome cada vez mayor fuerza, muy probablemente la afectación al sistema financiero, sea de carácter grave e incierto.

b) Al detallar los elementos que componen el delito de clonar tarjetas de crédito, hemos observado que para llevarlo a cabo, se pone en funcionamiento toda una estructura conformada por varias personas, en la que cada una de ellas tiene asignado su

papel, y que muchas de estas estructuras tiene redes o interconexiones con otros países, por lo que estamos hablando de delincuencia organizada, que es un verdadero flagelo para el convivir de la sociedad actual, puesto que el crimen organizado es un peligro al que el Estado debe combatir, utilizando todos los medios disponibles a su alcance. Ésta criminalidad, es la que está detrás del ilícito que hemos revisado, por lo que desde el plano del Derecho Penal, deben recurrirse a ciertos aspectos que no los encontramos en la Teoría Clásica del Derecho Penal, por ello creemos necesaria la introducción de cláusulas penales en blanco y/o abiertas, para la tipificación de esta conducta, y debemos recalcar, que por ejemplo, en la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, ya se observan preceptos penales que se separan de la forma clásica de legislar que encontramos en nuestro Código Penal, y que bien podrían servir, para la descripción tipo, del ilícito materia de este trabajo.

c) Se observa también, que el artículo 326 del Código Penal, establece una sanción específica para la falsificación de cheques, por lo tanto, y con mayor razón, la legislación ecuatoriana, ya debería contar, como se vio en países como Chile y Venezuela, con una norma penal dirigida exclusivamente a sancionar el uso fraudulento de la tarjeta de crédito. Incluso, se había mencionado en su oportunidad, que la Legislación de la tarjeta de crédito, debería tener el rango de Ley, por la importancia, que como medio de pago, ha cobrado actualmente.

d) Al hacer una revisión de los casos penales en los cuales se detuvo *in fraganti*, a los procesados, se ha comprobado que los actuales normas penales que sancionan en parte este ilícito, son insuficientes para combatirlo, o para persuadir a los delincuentes sobre su ejecución; los Fiscales y Jueces Penales, han tenido que recurrir a la

falsificación de documentos para sustentar el caso. Vimos que en uno de ellos, al ser los imputados acusados de falsificación de documentos privados, por medio de artilugios legales, lograron la extinción de la pena, y posiblemente estén en las calles *clonando* más tarjetas de crédito, lo que evidencia que debe introducirse reformas, si se quiere, ser más eficaces en la lucha contra este delito.

e) Es innegable que el Código de Procedimiento Penal también debe ser reformado para evitar que la indiscriminada concesión de medidas sustitutivas de prisión preventiva, eche abajo todas las investigaciones y el trabajo de la Policía Judicial y de los Fiscales, pues como se observó en uno de los casos, tres meses de seguimiento para lograr la captura con gran cantidad de evidencias, sirvieron de poco, cuando el Juez de Garantías Penales dictaminó la libertad de los procesados. Cabe señalar que el problema del otorgamiento de medidas cautelares en exceso, sustituyendo a la prisión preventiva, es un tema generalizado, producido a partir de las Reformas al Código de Procedimiento Penal, en el año 2009 por la Comisión de Legislación y Fiscalización de la Asamblea Nacional.

f) Aunque se tiene conocimiento de que en otros países ya se ha iniciado la implementación de chips inteligentes de forma masiva en las tarjetas de crédito, y que de forma preliminar los índices de clonación de tarjetas de crédito en esos países ha bajado, y que en el Ecuador esta tecnología debe incorporarse en el mediano plazo, no obstante, hasta que estos cambios se den, es necesario que desde la parte jurídica punitiva, ya se cuente con los elementos que permitan al Estado actuar de forma más eficiente ante este ilícito, de tal manera que una de las aristas que permitirá actuar ante la problemática planteada, sea en este caso, una base legal coherente y suficiente.

3.2.1.- Propuesta y Recomendaciones Finales

De acuerdo a los objetivos planteados en esta trabajo, se arribó a la conclusión, en la que el ilícito de clonar tarjetas de crédito, si puede considerarse como un delito de carácter económico, y según se describió en la parte pertinente de la investigación, el tratamiento técnico legislativo penal, que tendría que darse a los delitos de estas características, es de carácter especial, entendiéndose a éste, como la necesidad de recurrir a ciertos aspectos que no están exentos de polémica, como los descritos en la Teoría del Profesor Jakobs. Sin pretender introducir en nuestra legislación una norma inconstitucional, o que no tenga las mínimas garantías para los autores de el ilícito estudiado, si se cree conveniente incorporar, para poder tipificar y sancionar de forma adecuada la conducta atípica estudiada, ciertos elementos que los encontramos en la Teoría antes referida.

Se ha vislumbrado una anomia jurídica en nuestra legislación, y se debe de igual manera señalar, una genuina preocupación, ya que en el actual proyecto del Código Penal Integral, no existe un precepto legal que sancione el *delito de clonar tarjetas de crédito*. Las normas actuales aplicables, a nuestro entender tienen una redacción ambigua y que en definitiva o no es específica para el caso, o la sanción que contienen es mínima. Entonces, si se debería incorporar los términos exactos de *tarjeta de crédito*, en el precepto legal que a mi criterio falta en nuestro Código Penal sustantivo. Al detallar esta conducta atípica, considero deseable incluir varios verbos como tener, poseer, utilizar, resguardar, de tal manera, que la mera acción de tener una tarjeta de crédito clonada, o falsificada, sea suficiente para que se configure la antijuricidad de la conducta, es decir no hará falta utilizar la tarjeta fraudulenta, para configurar el delito,

que en este caso, será considerado como de peligro abstracto. Se podría incluir un texto con las características, antes descritas, así:

Art.... “El que adquiera, posea, transfiera, oculte, utilice o resguarde una Tarjeta de Crédito clonada o falsificada, cometerá el delito de uso fraudulento de Tarjeta de Crédito y será sancionado con pena de reclusión de cuatro a ocho años, y con multa de USD...”, cometerá el mismo delito, aquel que por cualquier medio cree, capture, grabe, copie, altere, duplique o elimine la información contenida y protegida en la banda magnética o en el chip de una Tarjeta de Crédito”.

El legislador, podrá incluso recurrir a que esta sea una norma en blanco o abierta, debido a que la acción punitiva del Estado, para los casos de criminalidad organizada, debe abrir el abanico de posibilidades para justamente atrapar en el mayor ámbito posible, a la acción delincuencia de este tipo. En la pluralidad de verbos para la tipificación de esta infracción, la línea de distinción entre el autor, cómplice o encubridor es muy delgada, y la razón es porque para establecer estas características del sujeto activo del delito, por las particularidades y circunstancias de todo el proceso delictivo (banda organizadas con individuos especializados para cada etapa), es muy difícil dar con esta distinción, ya que cada acción u omisión es tendiente a conseguir el fin fraudulento perseguido.

Por otro lado, se cree conveniente que, a fin de evitar la evasión del infractor, las penas mínimas deberían ser aquellas que no permiten la sustitución de la prisión preventiva (reclusión), o se debería establecer expresamente, el pago de una fianza de suma considerable. Pudiera tomarse en cuenta la redacción del actual artículo 326 del Código Penal, e introducir los cambios correspondientes relacionados con la incorporación del elemento *tarjeta de crédito*, y añadir un inciso que sancione la

utilización fraudulenta de una tarjeta de crédito original, es decir, para englobar también la infracción bastante común de realizar adquisición de bienes con una tarjeta original, pero perteneciente a otra persona, en cuyo caso evidentemente se tendría una pena menor, a la que se estableciere para el ilícito de clonación de tarjetas o uso de tarjetas falsificadas.

Finalmente, me permito sugerir que la Superintendencia de Bancos y Seguros, como Organismo de Control y supervisión del Sistema Financiero ecuatoriano, debería estudiar seriamente el tema de la *clonación de tarjetas* a fondo, y pudiera ayudarse con el Ministerio Fiscal, evaluar la situación actual, hacer proyecciones, y sobre todo, crear un departamento o área que se encargue de dar seguimiento a los casos más relevantes sobre este ilícito, además de *formar parte de los procesos* más graves y sonados de clonación de tarjetas de crédito, como acusador particular, a fin dar fuerza a los Juicios, coadyuvar en la sustanciación del proceso de investigación del Fiscal, para enviar un mensaje de persuasión a los defraudadores. En definitiva debería el Ente de Control mencionado, de alguna manera, introducirse más en esta problemática, pues al igual que la lucha contra el lavado de activos, le corresponde velar por el correcto funcionamiento del sistema financiero, que pudiera verse afectado, si el ilícito de clonación de tarjetas de crédito crece, y no se establecen mecanismos para controlarlo.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO GRANDA PAULINA, Derecho Penal Económico, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010

Boletín de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador, No. 008, Marzo de 2011

BOLLINI SHAW CARLOS – MARIO GOFFAN, Tarjetas de Crédito, Buenos Aires, Abeledo-Perrot 2000

CANCIO MELIÁ, GÓMEZ JARA-DÍAZ, Derecho Penal del Enemigo Volumen 1, Madrid, B de F, 2004

Código Civil del Ecuador

Código de Procedimiento Civil del Ecuador

Código de Procedimiento Penal del Ecuador

Código Penal del Ecuador

Código Penal de la República de Chile

Código Penal de la República del Perú

Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONTRERAS VILLAVICENCIO ALFREDO, Derecho Bancario y Monetario Tomo 1, Quito, Ofset Abad 1999

DONNA EDGARDO ALBERTO, Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Ribunzal-Culzoni, 2001

HOYOS HERNEY, Criminalidad organizada y Delincuencia Económica, Lima, Editorial García, 2005

Informe Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, 2005 Bangkok Thailandia, P. 5.

Informe de Responsabilidad Corporativa, año 2010, Diners Club del Ecuador

Ley 20009 de la República de Chile

Ley de Delitos Informáticos de la República de Colombia

Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas, y Mensajes de Datos del Ecuador

Ley Especial contra los delitos Informáticos de la República Bolivariana de Venezuela

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero del Ecuador

Ley Para Reprimir el Lavado de Activos del Ecuador

PEÑA CABRERA ALONSO, Derecho Penal Económico, Bogotá, AUD, 2006

RAMÍREZ CARLOS, Curso de Legislación Mercantil, Loja, Graficamazonas, 2004

TORRES CHAVES EFRAIN, Breves comentarios al Código Penal del Ecuador, Volumen III, Loja, UTPL, 1998

TORRES CHAVES EFRAIN, Práctica Penal, UTPL, Loja, 2006

VILLEGAS CARLOS GILBERTO, Contratos Mercantiles y Bancarios, Buenos Aires, Edición del Autor, 2005

Direcciones Electrónicas:

Banco Central del Ecuador: www.bce.gob.ec

Consulta de Causas Pichincha: www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec

Diario El Comercio: www.elcomercio.com.ec

Diario El Popular: www.elpopular.com.ec

Diario El Universal de Colombia: www.eluniversal.com.co

Diario Hoy: www.hoy.com.ec

Diario La Hora: www.lahora.com.ec

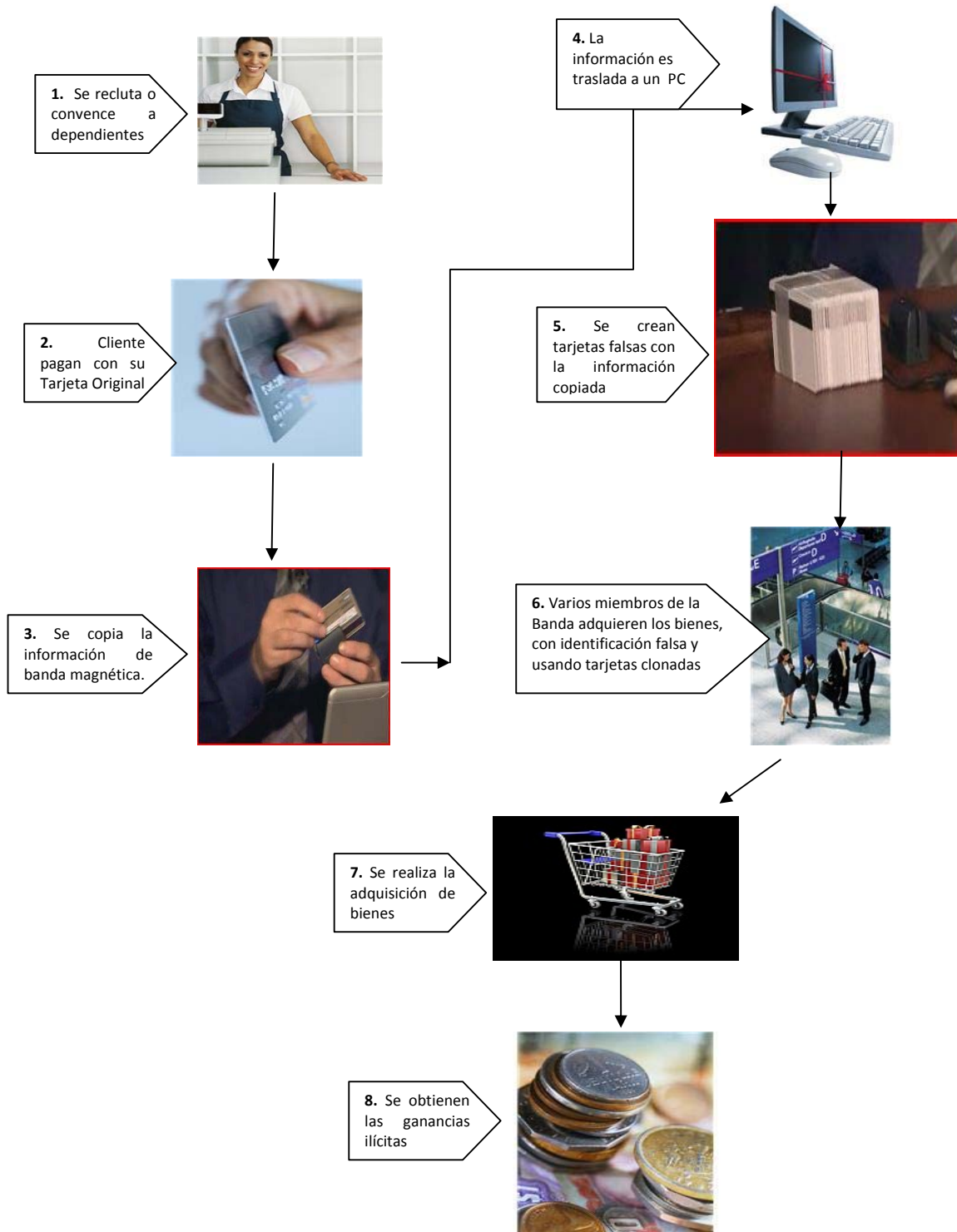
Diario Últimas Noticias: www.ultimasnoticias.com.ec

Interdin S.A Emisora y Administradora de Tarjetas de Crédito: www.interdin.com.ec

Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador: www.sbs.gob.ec

ANEXO 1

PROCESO DE CLONACIÓN DE TARJETAS



Las cifras de las tarjetas de crédito

La expansión durante los últimos años ha sido más acelerada que en períodos anteriores, debido a la alta liquidez en el país.

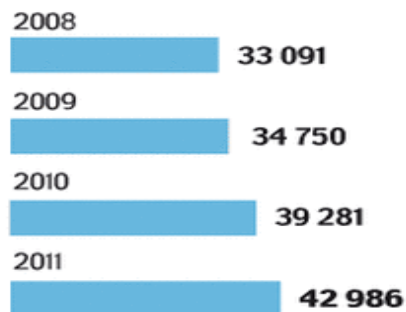
La cantidad de tarjetas en el mercado

En miles de tarjetas



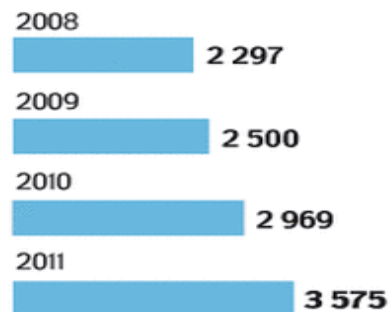
El PIB de hogares

En millones de dólares



La cartera

En millones de dólares



El consumo de los tarjetahabientes

En millones de dólares



Las utilidades de los emisores

En millones de dólares

Las operaciones de las dos principales emisoras, Pacifi-card e Interdin.

